Die rechtliche Natur der Grundschuld im Lichte der Schuld- und Haftungstheorie

und die

infolge von Nichtvalutierung nichtliquidierte Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

die mit Genehmigung

der Hohen juristischen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

zugleich mit anhängenden Thesen

am Sonnabend, den 11. Mai 1912, mittags 12 Uhr

öffentlich verteidigen wird

Heinz Rabe

Gerichtsreferendar aus Halle-Giebichenstein.

A.G.B.
LAND BAT.
BIBL.

Opponenten:

Herr cand. rer. pol. et theol. Herbert Knüppel aus Dresden.
Herr Referendar Gustav Sperling aus Halle a. d. S.

Halle a. d. S.

Buchdruckerei des Waisenhauses.

1912.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544726_0009

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung . . . . . 1—2

Kap. I. „Die Gründe, die für den Versuch einer besonderen Konstruktion der Grundschuld sprechen. (Die Schuld- und Haftungstheorie erscheint als geeignete Konstruktionsgrundlage)“ . . . . . 3—13

Die gesetzliche Begriffsbestimmung reicht zu einer Konstruktion nicht aus (S. 1—6). — Ein Konstruktionsversuch muß den Berührungspunkten der Grundschuld mit einer Schuld Rechnung tragen und hat daher zu berücksichtigen: gewisse gesetzliche Eigentümlichkeiten (S. 6), — den Zweck der Grundschuld (S. 7—10) und ihre rechtliche Selbständigkeit (S. 10—12). — Hinweis auf die Schuld- und Haftungslehre (S. 12/13).

Kap. II. „Die Theorie der Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht und ihre Anwendbarkeit im allgemeinen auf das heutige Zivilrecht“ . . . . . 13—29

Der Begriff „Schuld“ (S. 14). — Der Begriff „Haftung“ (S. 14/15). — Die Arten der Haftung (S. 15—17). — Rechtfertigung der Anwendung von Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis auf das heutige Zivilrecht (S. 17—23). — Ihre selbständige Bedeutung (S. 24—26). — Kritik gegnerischer Ansichten (S. 26—29).

Kap. III. „Anwendung der Schuld- und Haftungstheorie zur Konstruktion der Grundschuld“ . . . . . 29—56

Rechtfertigung des Begriffes „Gläubigerschuld“ („Gläubigerbekommensollen“), für die Fälle der reinen Sachhaftung, insbesondere die Grundschuld (S. 29—33). — Die Konstruktion der Grundschuld als mit reiner Sachhaftung verbundene Gläubigerschuld steht mit dem Gesetz im Einklang und vermag ihre Aufgabe befriedigend zu lösen (S. 33—38). — Die Sachhaftung ist dinglich (S. 38/39). — Die dingliche Sachhaftung ist ein „Pfandrecht“ mit denselben wesentlichen Befugnissen des vom Gesetz ausdrücklich anerkannten Pfandrechts. (Veräußerungsmacht und Erlösaneignungsrecht) (S. 40/41). — Der Einheitlichkeit des Begriffes „Pfandrecht“ steht nicht entgegen, daß die Pfandsachhaftung in der Grundschuld mit der Gläubigerschuld ein „zusammengesetztes“ Recht bildet. Denn sie ist gleichwohl begrifflich selbständig (S. 42). — Der Sicherungscharakter ist dem „Pfandrecht“ wesentlich (S. 43). — Das Pfandrecht ist Gestaltungsrecht (S. 44). — Die Pfandrechtsbefugnisse sind inhaltlich nicht mit Eigentumsbefugnissen identisch (S. 45). — Kritik der gegnerischen Ansichten (S. 46—51). — Das mit der Gläubigerschuld verbundene Pfandrecht in der Zwangsversteigerung (S. 51/52). — Die Grundschuld erlischt nicht durch freiwillige Schulderfüllung (S. 53), wird auch nicht Eigentümer-

Seite

grundschuld (S. 54). — Der „Verzicht“ auf die Grundschuld (S. 55/56).

Kap. IV. „Kritische Darstellung der Literatur“ . . . 56—69
Puntschart (S. 56—59). — Gierke (S. 59/60). — Die „Realobligation“ überhaupt und die Gründe, die allgemein gegen sie sprechen (S. 61/62). — Die Realobligation als Schuld und Haftung (S. 62/63). — Die Realobligation als Zusammensetzung von dinglichem Recht und Verpflichtung (S. 63/64). — Ihr logischer Übergang zur beschränkten Obligation (S. 64—66). — „Wertrecht“, „Pfandrecht“ (S. 67). — Werteilstheorie (S. 68/69).

Kap. V. „Die rechtliche Natur der Grundschuld ist, wenn sie dem Eigentümer zusteht, dieselbe, wie wenn sie dem Gläubiger zusteht“ . . . . . 70—87
Die Fälle der Eigentümergrundschuld (S. 70). — Die Eigentümergrundschuld ist eine wirkliche, wenn auch in der „Ausübung“ beschränkte Grundschuld (S. 71/72). — Das Erlös„wegnahme“recht des Gläubigers (S. 72—74). — Es ist nicht inhaltlich mit der ähnlichen Eigentumsbefugnis identisch (S. 73). — Neben dem Eigentum vermag ein begrenztes dingliches Recht an eigener Sache für den Eigentümer zu bestehen (S. 74—77). — Kritik der Literatur (S. 77—87). — Hirsch (S. 78—82). — Gierke (S. 82). — Puntschart (S. 83). — Horn und Andere (S. 84—87).

Kap. VI. „Die Anwendung der Grundschuldkonstruktion auf die verwandte Hypothek und Reallast“ . . . . 87—97
Die Hypothek ist ein begrifflich selbständiges, nicht akzessorisches Recht (S. 88—92). — Die Verwandtschaft mit der Grundschuld ist so eng, daß die Hypothek sich sogar der Grundschuld begrifflich unterordnet (S. 92). — Findet die Grundschuldkonstruktion daher notwendig auf die Hypothek Anwendung, so vermag sie zugleich aber deren Selbständigkeit und gewisse inhaltliche Besonderheiten befriedigend zu erklären (S. 93). — Die Verwandtschaft der Reallast mit der Grundschuld (Rentenschuld und Hypothek) (S. 93/94). — Abweichungen im Rechtsinhalt finden in wirtschaftlichen Gesichtspunkten ihre Deutung (S. 94/95). — Die Grundschuldkonstruktion vermag die Reallast im übrigen zu erklären (S. 96/97).

Kap. VII. „Anwendung der Grundschuldkonstruktion auf den Fall der infolge von Nichtvalutierung nicht liquidierten Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren“ . . . . . 98—108
Die Reichsgerichtsentscheidung vom 8. 3. 05 (S. 98). — Das „Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse“ und die „ins Leere fallende Grundschuld“ (S. 99/100). — Anwendung der Grundschuldkonstruktion (S. 100—105). — Kritik der Literatur (S. 105—108).

Literaturverzeichnis.

v. Amira: Nord-Germanisches Obligationenrecht, Bd. 1, 1882; Bd. II, 1895.

Achilles-Strecker: Grundbuchordnung, 1. Teil, 1901.

Abraham: In Holdheims Monatsschrift für Handels- und Bankwesen, Berlin 1905, Nr. 7 S. 180, XIV. Jahrg.

Bekker: In Jherings Jahrb., Jahrg. 49 S. 1 ff.

Bähr: Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 2 S. 150 ff.

Bendix: Das deutsche bürgerliche Recht, Bd. II, 1904.

Best: Das Grund- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung, Teil II, 1896.

Biermann: Das Sachenrecht des BGB., 1903.

Bremer: Hypothek und Grundschuld, 1869.

Bremer: Pfandrecht und Pfandobjekt, 1867.

Brinz: Pandekten, Bd. 2.

Brinz: Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 70 S. 371 ff.

Boehm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898.

Bruck: Die Eigentümerhypothek, 1903.

Brunner: In Kohlers Encyklopädie, I, S. 248.

du Chesne: In Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1. Jahrg., 1905. Nr. 11 S. 257.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II; Sachenrecht, 1911.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III, 1905.

Dernburg: Sachenrecht, 1908.

Dümchen: In Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 355 ff.

Eck-Leonhard: Vorträge über das BGB., Bd. II, 1904.

Eccius: In Gruchots Beitr., Bd. 50 S. 596 ff.

Eckstein: In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 40, Heft 1, S. 48 ff., 1910.

Egger: Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht, 1903.

Ehrenberg: In der Festgabe für Regelsberger, 1901, S. 37 ff.

Ehrenberg: Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, 1880.

Eichhorn: In der Deutschen Juristen-Zeitung, 1898, S. 315 ff.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1900 und 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1910.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Das Sachenrecht, Wolff), 1910, Bd. II, 1. Abt.
Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht, Bd. II, 1901.
Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen, 1909.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 60, 63, 65.
Exner: Kritik des Pfandrechtsbegriffes, 1873.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 1909.
Fischer-Schaefer: Zwangsvollstreckung, 1910.
Förster: Preußisches Grundbuchrecht, 1902.
Fuchs: Grundbuchordnung, 1902.
Fuchs: Wesen der Dinglichkeit, 1889.
Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung, 1909.
Gerber: System des deutschen Privatrechts, 1895.
Gierke: Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910.
Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. II; Sachenrecht, 1905.
Gierke: In Kohlers Encyklopädie I, S. 521 ff.
Grützmann: Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 8 S. 257 ff., 1898.
Güthe: Grundbuchordnung, Bd. II, 1911.
Güthe: In Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 11. Jahrg., 1911, Heft 10.
Güthe: In der Deutschen Juristen-Zeitung, 1908, S. 929.
Hachenburg: Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25, S. 222 ff.
Hachenburg: Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1895.
Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, 1900.
Hachenburg: In der Deutschen Juristen-Zeitung, 1906, S. 297 ff.
Hartmann: Die Obligation, 1875.
Heinsheimer: In Kritische Vierteljahrsschrift XIII, 4, II; Zivilrecht S. 476 ff.
Hellmann: Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. VIII, S. 72 ff.
Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung, 1910.
Hirsch: Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 25 S. 222 ff.
Horn: Die Eigentümerhypothek in den „Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts“ (herausg. von Dr. Rudolf Leonhard), 1906.
Jaeckel: In Gruchots Beiträgen, Bd. 18 S. 558 ff., Bd. 50 S. 596 ff.
Jaeckel-Güthe: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1909.
Jhering: Passive Wirkungen der Rechte, Jherings Jahrb., Bd. X S. 387 ff.
Isay: In Jherings Jahrb., Bd. 48 S. 187 ff.
Kindel: In der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch, 1903, S. 75 ff.: Betrachtungen über die Eigentümerhypothek.
Kluge: Die Obligation als Voraussetzung des Pfandrechts, Dissertation 1904.
Kohler: Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 91 S. 155 ff.
Kretzschmar: Sachenrecht, 1906.
Krückmann: Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 103 S. 139 ff.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, II. Hälfte, 1904.
Landsberg: In der Juristischen Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen, 8. Jahrg., 1905, S. 78.
Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und des Preußischen Allgemeinen Landrechts, 1900.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1910.
Maenner: Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 1906.
v. Meiboom: Das Mecklenburgische Hypothekenrecht, 1871.
v. Meiboom: In den Jahrbüchern des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther, Bd. 4 S. 442 ff.
Mittelstein: Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. II und III. Amtliche Ausgabe 1896.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1905.
Neumann: In der Juristischen Wochenschrift, 1906, S. 154 ff.
Nissen: In der Juristischen Wochenschrift, 1906, S. 803.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 1909.
Oberneck: In Gruchots Beitr., Bd. 47 S. 306 ff. (Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis), Bd. 50 S. 551.
Oberneck: Das Hypothekenrecht. Ein Vortrag.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 2, 1906.
Pappenheim: Handbuch des Seerechts, 1906.
Pappenheim: In der Zeitschrift für Handelsrecht, XLVII, S. 142 ff.
Pappenheim: In der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. IV, S. 519 ff.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III; Sachenrecht 1906.
Pflüger: Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 81, S. 292 ff.
v. d. Pfordten: Kommentar zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1905.
Predari: Grundbuchordnung, 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899.
Puntschart: Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechts, 1900.
Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts des Mittelalters, 1896.
Reinhard: Das Zwangsversteigerungsgesetz, 1901.
Richter: Die Bürgschaft kein Schuld-, sondern ein Haftungsverhältnis, Dissertation Halle a. S., 1909.
Sachau: Eigentum, Grundschuld und Eigentümergrundschuld, Dissertation Rostock 1909.
Samter: Handbuch zum Verfahren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1904.
v. Schwerin: Schuld und Haftung im geltenden Recht, 1911.
v. Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts, 1899.
Schneider: Die Eigentümerhypothek vor Übergabe des Briefes, 1908.

Schuster: Verkehrshypothek und Grundschuld, Dissertation Breslau 1909.
Siber: Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903.
Siber: In Jherings Jahrb., Bd. 50 S. 55 ff.
Schulz: Im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 105 S. 1 ff.
Sohm: In Grünhuts Zeitschr., Bd. 5 S. 1 ff.
Sommer: Begriff und rechtliche Natur der Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Dissertation Leipzig 1907.
Siehr: Die nicht valutierte Grundschuld, Dissertation Jena 1909.
Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I und II, 1908, Bd. III, 1910.
Staub: Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 5 S. 36 ff.
Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II, 3. Auflage 1897.
Strecker: Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken, 1898.
Strohal: In Jherings Jahrb., Bd. 59 S. 149 ff., Bd. 57 S. 231 ff.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht, Bd. I, 1902 und 1906.
Trobitzsch: Die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften auf die Grundschuld (§ 1192 BGB.). Dissertation Leipzig 1907.
Willenbücher: Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Reichsgrundbuchordnung, 1904.
Weidemann: Deutsche Juristen-Zeitung, 1906, S. 1002.
Wolff: Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 1909.

Einleitung.

Das Unternehmen der folgenden Abhandlung wurde recht eigentlich veranlaßt durch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. März 1905 (RG. 60, 251) über den Fall der nicht liquidierten Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren.

Von hier aus schien eine Untersuchung der rechtlichen Natur der Grundschuld schon um deswillen von Bedeutung, weil eine sichere theoretische Grundlage auch zweifellos sich praktisch bewähren müsse. Soll aber die Abhandlung sich vornehmlich mit dem rechtlichen Wesen der Grundschuld beschäftigen, so ruht daher naturgemäß ihr Schwerpunkt auf solchen theoretischen Untersuchungen, während die Behandlung der nicht liquidierten Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren nur einen kleinen Raum beanspruchen kann. Das entspricht indessen dem Umstande, daß es sich bei dieser Behandlung nurmehr um eine Einsetzung der gefundenen Werte handelt.

Was die theoretischen Untersuchungen der rechtlichen Natur der Grundschuld selbst betrifft, so schienen sie gleichwohl schon um deswillen von Interesse, weil die Grundschuld in der Tat vom rechtlich logischen Standpunkte aus betrachtet das Grundgebilde des Hypothekenrechts darstellt.

Insbesondere aber schien die neuerdings in klares Licht gesetzte Schuld- und Haftungslehre die Wurzeln für eine Klärung des rechtlichen Wesens der Grundschuld zu enthalten.

Wird die Abhandlung auf die Schuld- und Haftungslehre etwas ausführlicher eingehen, so geschieht das vor allem, um einmal eine Begründung für ihre Anwendbarkeit auf das heutige Zivilrecht als notwendige Voraussetzung für eine Konstruktion zu bringen, die auf ihr basiert.

Ein näheres Eingehen auf die Begriffe Schuld und Haftung selbst ist zum anderen bedingt durch ihre besondere Ausgestaltung in dn Fällen, wo allein eine Sache einzustehen hat, zu welchen Fällen die Grundschuld rechnet.

Soll aber die Konstruktion der Grundschuld theoretischen Wert besitzen, so muß sie ihre Anwendbarkeit auch für solche Rechtsinstitute erweisen können, die der Grundschuld ganz nahe verwandt sind, wie natürlich auch besonders auf die Eigentümergrundschuld.

Soll sie praktischen Wert besitzen, so muß die beabsichtigte Einsetzung der gefundenen Resultate auf den Fall der nicht liquidierten Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren sich bewähren.

Kapitel I.

Die Gründe, die für den Versuch einer besonderen Konstruktion der Grundschuld sprechen (die Schuld- und Haftungstheorie erscheint als geeignete Konstruktionsgrundlage).

Die gesetzliche Begriffsbestimmung der Grundschuld lautet: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist." (§ 1191 Abs. 1 BGB.)

In dieser Definition liegt ausgesprochen, was der Gesetzgeber sich unter dem Begriff „Grundschuld" vorstellt und was er darunter vorgestellt wissen will.

Da als nächstliegende übergeordnete Gattung die Gattung der Grundstücksbelastungen genannt wird und diese ihrerseits dem Sachenrecht sich unterordnet, so bildet mithin der Oberbegriff „Sachenrecht" ein wesentliches Element in der Grundschuld. Sie wird folglich als ein Sachenrecht gedacht. Versteht man nun mit der herrschenden Meinung unter Sachenrecht ein dingliches Recht im Sinne der unmittelbaren Personenherrschaft über eine Sache, so muß man nach der Definition des § 1191 Abs. 1 BGB. die Grundschuld als ein dingliches Recht sich vorstellen.

Dessen Besonderheit soll nun darin bestehen, daß an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist. Eine rein abstrakte Vorstellung wird mit diesen vorsichtigen Worten entwickelt: „Aus dem Grundstück ist an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme zu zahlen." Daraus folgt weder etwa die Annahme einer Forderung gegen das Grundstück als Rechtsperson, noch gegen den Eigentümer, noch auch ein im Gegensatz zum Anspruch bestehendes Gestaltungsrecht des Inhalts, daß der Berechtigte aus eigener

Macht durch Zugriff auf das Grundstück die Geldsumme aus dem Grundstück sich verschaffen kann.

Würde jedoch aus den übrigen Grundschuldnormen sich tatsächlich die Möglichkeit oder gar Notwendigkeit der Annahme einer der genannten Möglichkeiten ergeben, so würde eine solche Annahme der gesetzlichen Begriffsbestimmung nicht widersprechen. Sie würde als speziellere Vorstellungsweise in den Umfang der allgemeineren hineinpassen.

Daraus läßt sich vermuten, daß der Gesetzgeber eher einer bewußten Zurückhaltung beim Definieren der Grundschuld sich bedient hat, als daß ihm diese Definition als die einzig befriedigende erschienen wäre. Und in der Tat war es zur Zeit der Fassung der Definition geraten, beim Definieren auf einen bestimmten Zweck Rücksicht zu nehmen. Denn, bedurfte es noch einer Klärung des Grundschuldproblems durch die Rechtswissenschaft, so durfte der Gesetzgeber nicht vorgreifen. Das hätte er aber durch Aufstellen einer scharfen Begriffsbestimmung getan und damit leicht einen Widerspruch erzeugen können zwischen dem, was die Definition sagt und dem, was aus den übrigen Normen tatsächlich hervorgeht. Außerdem aber hätten anders lautende, von der Wissenschaft aufgestellte Definitionen der Gefahr einer Kollision mit der Gesetzesdefinition sich ausgesetzt.

Um das alles zu vermeiden und der Wissenschaft Spielraum und ihren Definitionen bzw. Konstruktionen die Möglichkeit eines praktischen Wertes zu verschaffen, wurde daher die vorsichtige weite Form des § 1191 Abs. 1 gewählt.[1])

Dennoch hat die Rechtswissenschaft mehrfach die gesetzliche Grundschulddefinition als befriedigend und somit als zugleich die Aufgabe einer Konstruktion erfüllend, anerkannt, nur mit der näheren Bezeichnung „dingliches Recht“ statt Sachenrecht.[2])

Sollte man aber zugeben, daß vom Gesetzgeber das Grundschuldproblem in Gestalt der gesetzlichen Definition bereits

1) Vgl. Mot. III S. 610; Prot. III S. 712.

2) Vgl. Maenner S. 366 B; vgl. Turnau-Förster Bd. I, 1902, S. 870, Anm. 1 zu § 1191; Bendix S. 668 § 79 I; Böhm S. 298 I zu § 1191; Schuster (Diss.) S. 106; vgl. im übrigen die Literatur bei Puntschart, Grundschuldbegr. S. 46.

konstruktiv gelöst sei, so bestünde die Notwendigkeit eines Versuches, mit Hilfe der Vorstellungsweise des Gesetzes die Eigentümlichkeiten des Grundschuldinstitutes zu erklären. Dann müßte die gesetzliche Definition die Gründe enthalten, aus denen heraus die einzelnen Rechtsinhalte zu verstehen sind. Zum mindesten müßten, wenn sie nicht alle Besonderheiten zu erklären vermag, außerhalb liegende Gründe leicht zu ersehen sein.[3]) Natürlich spricht es für die Güte einer Vorstellungsweise und läßt sie am ehesten als Konstruktion geeignet erscheinen, wenn sie möglichst alle Erscheinungen ihres gegenständlichen Rechtsinhaltes zu erklären imstande ist. Es läßt sich aber nicht behaupten, daß die gesetzliche Grundschulddefinition alle Eigentümlichkeiten der Grundschuld erkläre. Man nehme nur die Besonderheit, daß dem Grundschuldgläubiger gegebenenfalls aus dem Grundstück „Verzugszinsen gebühren" (§§ 1192 Abs. 1, 1146 BGB.).

Während sonst Verzugsfolgen grundsätzlich nur eintreten, wenn auch eine Schuld vorhanden ist, so muß man hier aus dem dinglichen Recht die Verzugsfolgen herleiten. Eine solche Herleitung scheint aber nicht einleuchtend, weil sie nicht mit dem Wesen des dinglichen Rechts als einer Sachherrschaft vereinbar ist. Man könnte den Grund ja schließlich außerhalb der zur Konstruktion verwandten gesetzlichen Definition suchen; beispielsweise den wirtschaftlichen Zweck als Erklärung anführen. Das ist immerhin möglich. Aber man wird sich damit erst dann zufrieden geben, wenn andere Konstruktionen versagen und man auf die gesetzliche Begriffsbestimmung allein angewiesen ist. Dazu kommt, daß die genannte Eigentümlichkeit nicht die einzige ist, die durch den § 1191 (Abs. 1) kaum erklärt werden kann. Allerdings vermag man wohl die Besonderheit einer „Einrede" gegen die Grundschuld (§§ 1191 Abs. 1, 1157, 1169) auf einen besonderen äußeren Grund zurückzuführen, ohne diesen in der Konstruktion suchen zu müssen. Denn die Einrede ist auch gegen

3) Vgl. über die Aufgabe ein. jur. Konstruktion: Eckstein, i. Ztschr. f. Zivil. Proz. S. 71, dem aber nicht darin beizutreten ist, daß die Aufgabe ein. jur. Konstrukt. über die „Erklärung" hinausginge, S. 70, denn die Konstrukt. ist an den jeweilig. gesetzl. Inhalt des zu konstruierenden Rechtsgebildes gebunden; vgl. Stammler, Theorie d. Rechtsw., S. 358 ff.

andere Rechte, die keine Ansprüche sind, möglich, z. B. gegen das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (HGB. § 369 Abs. 4 Satz 1) und gegen das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§§ 1211, 1254). Gibt das Gesetz dennoch bei Befriedigungsrechten dem Berechtigten die Möglichkeit, einredeweise „seinen Gegenstand gegen die zu erzwingende Leistung aus dem Gegenstand" ebenso zu verteidigen wie bei Ansprüchen der Schuldner „seine Person gegen den Zwang zur Handlung",[4]) so ist als Grund hierfür einfach die Zweckmäßigkeit einzusehen.

Aber für noch andere Besonderheiten, die in den Grundschuldnormen enthalten sind, hält es in der Tat schwer, eine konstruktive, oder eine außerhalb der Konstruktion des § 1191 Abs. 1 liegende Begründung zu finden.

Dazu gehört die Berechtigung des Grundschuldgläubigers, unter gewissen Voraussetzungen dem Eigentümer zu „kündigen" und die „Fälligkeit" des Grundschuldkapitals herbeizuführen, ihn zu „mahnen" und „Verzugszinsen" geltend zu machen (§§ 1193, 1192 Abs. 1, 1141, 1156 Satz 2, 1160 Abs. 2, 1146). Dazu gehört die Bestimmung des Absatzes 2 von § 1192: „Für die Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften über die Zinsen einer Hypotheken f o r d e r u n g." Ferner der § 1195: „Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über S c h u l d v e r s c h r e i b u n g e n auf den Inhaber entsprechende Anwendung." Beachtenswert sind außerdem einige Bestimmungen außerhalb der Grundschuldnormen, die gewisse Schlußfolgerungen auf das Wesen der Grundschuld gestatten: § 1080: „Die Vorschriften für den Nießbrauch an einer F o r d e r u n g gelten auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld"; § 1291: „Die Vorschriften über das Pfandrecht an einer F o r d e r u n g gelten auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld." Nach § 952 Abs. 2 wird die Grundschuld sogar als ein Recht bezeichnet, kraft dessen eine „Leistung gefordert" werden kann (§§ 1070, 1275, 1812 Abs. 1).

Sonstigen Besonderheiten der gesetzlichen Terminologie

4) Vgl. Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, S. 165.

ist jedoch kaum eine weitere Bedeutung für die rechtliche Natur der Grundschuld beizumessen. Dürfen zwar die genannten Bestimmungen und Wortbezeichnungen nicht immer genau genommen werden, so erscheint es hingegen berechtigt, ihnen einen gewissen gleichmäßigen Sinn beizumessen. Denn allen diesen Eigentümlichkeiten ist der Gedanke zu entnehmen, daß die Grundschuld rechtlich Berührungspunkte mit einer Schuld habe. Nur die gesetzliche Definition wagt diesem Gedanken nicht offen Rechnung zu tragen. Dafür ist sie aber weit gefaßt. Und vermag sie aus den angeführten Gründen nur für den Fall, daß andere Konstruktionsmöglichkeiten versagen, als Konstruktion verwandt zu werden, so sind eben hinreichend Voraussetzungen gegeben, für den Versuch, eine besondere Konstruktion aufzubauen, die den erwähnten Eigentümlichkeiten möglichst gerecht zu werden imstande ist.

Die Auffassung, daß die Grundschuld rechtlich Berührungspunkte mit einer Schuld habe, entspricht aber auch ihrem Z w e c k.

Die Grundschuld hat nämlich für den Gläubiger folgende besondere Bedeutung: Durch ihre Selbständigkeit infolge der rechtlichen Unabhängigkeit von einer Geldforderung verschafft sie ihm die Möglichkeit der schnellen und leichten Durchsetzung seines Rechtes. Kann das Recht nun immer nur im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden (vgl. §§ 1191 Abs. 1, 1147), so folgt daraus noch nicht, daß der Zugriff auf das Grundstück der eigentliche Zweck des Rechtes wäre. Daß er es tatsächlich nicht ist, geht aus folgender Betrachtung hervor: Regelmäßig kommt es nicht zur Zwangsvollstreckung, weil der Eigentümer freiwillig an den Grundschuldgläubiger die bestimmte Geldsumme zahlt.

Die freiwillige Zahlung des Eigentümers (§§ 1191 Abs. 1, 1142 Abs. 1) vermeidet absichtlich die Geldbeschaffung des Gläubigers durch die Zwangsvollstreckung. Wäre diese aber der Zweck der Grundschuld, so würde folglich absichtlich regelmäßig dieser Zweck vereitelt. Daraus geht hervor, daß der Zweck ein anderer sein muß. Der kann nur in der Geldzahlung schlechthin seitens des Eigentümers, also in der Geldzahlung auf freiwilligem Wege bestehen.

Erblickt man darin den Zweck, so erscheint auch die

leichte Verkehrsfähigkeit der Grundschuld in der Form eines Inhaberbriefes (§ 1195) verständlich. Und hat dann auf freiwilligem Wege der Gläubiger vom Eigentümer sein Geld erhalten, so ist damit die Grundschuld auch gegenstandslos geworden und es besteht ein Anspruch des Eigentümers auf Verzicht infolge des Einrederechtes aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812, 1192 Abs. 1, 1169).[5]) Mithin muß das Recht seinen Zweck erreicht haben. Erscheint also der Zugriff auf das Grundstück nur als ein letztes Mittel für den Gläubiger, sich Geld zu verschaffen, nachdem er es auf dem anderen Wege nicht bekommen hat, so kann die rechtliche Konstruktion nicht völlig unbedenklich sein, die dennoch gerade diesen Begriff als den eigentlichen Zweck erscheinen läßt. Eine Konstruktion hingegen, die dem wahren Zweck gerecht wird, muß ohne Zweifel den Vorzug verdienen. Dem wahren Zweck kann aber nur eine Konstruktion gerecht werden, die dem Gläubiger ein R e c h t auf die Geldzahlung gibt, die der Eigentümer freiwillig bewirken kann.[6])

Der Gläubiger „soll das Geld bekommen", bei der Grundschuld das Kapital, bei der Rentenschuld (Rentengrundschuld) die Renten, ohne daß der Eigentümer zur Zahlung „verpflichtet wäre", ohne daß ihn überhaupt ein rechtliches Gebot, und sei es nur ein „Soll"-Gebot, berührte. Wird ein Recht des „Bekommensollens" in den Rechtsinhalt der Grundschuld aufgenommen, so widerspricht das nicht dem Gesetz und es erscheint eher verständlich, wenn das Recht in Form eines Briefes zirkulierend den Interessen verschiedener Gläubiger dient und seinen Zweck erreicht hat, ohne daß das letzte Mittel der Zwangsvollstreckung angewandt worden ist.

Was unter dem Begriff „Bekommensollen" näher zu verstehen ist, wird weiter unten ausgeführt werden. Hier kommt es darauf an, hervorzuheben, daß die in den Motiven genannte

---

5) Die Auffassung, daß die Grundschuld im Falle freiwilliger Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer nicht Eigentümergrundschuld wird, wird später mit Gründen belegt werden.

6) Nach v. Schwind S. 129 ff. ist als gerade dem Zweck der Grundschuld entsprechend nur eine Konstruktion recht verständlich, die eine Schuld des Eigentümers im Sinne des deutsch-rechtlichen „Leistensollens" annimmt.

Auffassung des Gesetzgebers, nach der die Grundschuld ein rei dingliches Recht ist, dem Zwecke nicht völlig gerecht zu werden vermag. Wie wenig befriedigend solche Auffassung erscheint, zeigt auch folgende Betrachtung: Hirsch, der die Grundschuld ebenfalls als ein rein dingliches Recht und zwar genauer als ein selbständiges Pfandrecht betrachtet, sagt auf S. 433,[7]) der Eigentümer sei „in einer Notlage", „wenn er nicht bezahlt, wird er von Haus und Hof gejagt".

Da aber ein „selbständiges" Pfandrecht kein Sicherungspfandrecht ist, so verfolgt es, um mit Hirsch zu reden, nur den Zweck, den Eigentümer „von Haus und Hof zu jagen". Doch weil der Eigentümer sich regelmäßig aus der Notlage durch freiwillige Zahlung rettet, so verhindert er damit den genannten Zweck, womit das Pfandrecht überhaupt nicht zur Entfaltung gekommen ist. Und doch hat dieses „Pfandrecht" hier dem Zwecke des Gläubigers gedient. Freilich nur durch den Druck gegen den Eigentümer infolge des Drohens eines möglichen Ausgeübtwerdens. Daß man aber den wahren Zweck einer Rechtseinrichtung wie der Grundschuld rechtlich lediglich in dem Druck gegen eine Person, oder genauer gesagt, in dem „mittelbaren Zwang zur Geldzahlung"[8]) durch die drohende Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zum Ausdruck bringt, scheint zum mindesten nicht unbedenklich.

Empfiehlt sich daher der Versuch einer Konstruktion, die gleichzeitig die im Gesetz hervortretenden Besonderheiten der Grundschuld erklärt und ihrem Zwecke Rechnung trägt, so ist noch vor dem Unternehmen dieses Versuches, kurz auf das Verhältnis der Grundschuld zur Hypothek einzugehen.

Denn die Grundschuld ist ja nicht ausführlich geregelt, sondern es wird im allgemeinen auf die Hypothekenvorschriften verwiesen. Die Hypothekenvorschriften finden auf die Grundschuld „entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt" (§ 1192 Abs. 1). Im übrigen scheint also die Grundschuld mit der Hypothek wesensgleich zu sein. Diese Konsequenz ergibt sich jedenfalls aus einem Vergleich der

7) Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung.

8) Vgl. Hirsch, a. a. O.

gesetzlichen Begriffsbestimmungen. Der zeigt, daß sich die Definition der Hypothek von der der Grundschuld nur dadurch unterscheidet, daß bei der hypothekarischen Grundstücksbelastung die Geldsumme an den Berechtigten „zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung" zu zahlen ist (§ 1113 Abs. 1).

Die rechtliche Bedeutung dieses Befriedigungszweckes wird, wie aus § 1192 Abs. 1 hervorgeht, dahin charakterisiert, daß eine Forderung die „Voraussetzung" der Hypothek bilde. Und zwar folgt aus den §§ 1113 und 1163 Abs. 1, daß eine Forderung insofern „Voraussetzung" bildet, als die Hypothek nur im Hinblick auf diese begründet werden kann und dem „Berechtigten" nur dann zusteht, wenn die zu befriedigende Forderung auch wirklich zur Entstehung gelangt ist und nur solange als diese auch besteht. Andernfalls steht sie, da dann der Befriedigungszweck zwar gewollt, aber nicht ermöglicht ist, dem Eigentümer zu, bzw. geht auf ihn über.

Weil also in der rechtlichen Auffassung der Hypothek der Befriedigungszweck mit der angegebenen Bedeutung zum Ausdruck gebracht ist, setzt die Hypothek rechtlich eine Forderung voraus. Weil er bei der Grundschuld, wie die Definition beweist, nicht hervorgehoben ist, setzt die Grundschuld nicht eine Forderung voraus. R e c h t l i c h setzt sie also keine Forderung voraus. Wird sie es zwar w i r t s c h a f t l i c h regelmäßig tun, so hat das dennoch für die rechtliche Natur der Grundschuld selbst keine Bedeutung.

Da nun gewisse Hypothekenvorschriften die Konsequenz der Verknüpfung des Befriedigungszweckes mit dem Rechtsbegriff der Hypothek bedeuten, so können diese Vorschriften deshalb auf die Grundschuld keine Anwendung finden, weil dem Rechtsbegriff der Grundschuld der Befriedigungszweck fremd ist.

Die Grundschuld ist folglich e i n s e l b s t ä n d i g e s R e c h t in dem Sinne, daß zu ihrer Entstehung nicht die Bezugnahme auf eine Forderung zu Befriedigungszwecken notwendig und für ihre Existenz in der Hand des „Berechtigten" das Vorhandensein einer persönlichen Forderung völlig gleichgültig ist. Eine persönliche Forderung besitzt hier nur die Bedeutung eines „rechtlichen Grundes" im Sinne der Bereicherungsansprüche.

Abgesehen aber von diesem Unterschied gegen die Hypothek ist die Grundschuld ein der Hypothek wesensgleiches Rechtsgebilde. Jedenfalls nach der Vorstellungsweise des Gesetzgebers, wie die Definitionen beweisen. Daran vermögen auch einige gewisse Besonderheiten nichts zu ändern, die das Fehlen der Verbindung des Befriedigungszweckes mit dem rechtlichen Begriffe der Grundschuld zur Voraussetzung haben. Dazu rechnet beispielsweise die Bestimmung des § 1196 Abs. 1, daß der Eigentümer für sich eine Grundschuld eintragen lassen, und die des § 1195, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt werden kann.

Die Selbständigkeit der Grundschuld in dem entwickelten Sinne ist natürlich für einen Konstruktionsversuch, der möglichst günstig ausfallen soll, von einiger Wichtigkeit. Denn sie spricht eher für die Auffassung, daß die Grundschuld Berührungspunkte mit einer Schuld habe als für die Auffassung der gesetzlichen Begriffsbestimmung (§ 1191 Abs. 1), nach der die Grundschuld ein rein dingliches Recht ist, das, gleichwie die Hypothek, wie ein Pfandrecht aussieht, weil es dem Gläubiger gestattet, das Grundstück zu verwerten, und doch keinem Befriedigungszwecke rechtlich dient. Denn, wie später ausgeführt werden wird, ist der Begriff eines Pfandrechtes ohne rechtlich bedeutungsvollen Sicherungszweck eine jedenfalls dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremde Vorstellung.[9])

So sind nun durch Hervorhebung gesetzlicher Eigentümlichkeiten, des Zweckes und der rechtlichen Selbständigkeit der Grundschuld wichtige Momente für den Versuch einer Konstruktion gegeben.

Ein Blick über die Literatur beweist einmal die Tatsache, daß grundsätzlich die gesetzliche Grundschulddefinition als für eine Konstruktion nicht ausreichend angesehen wird, wie andererseits die Schwierigkeit, eine klarere Begriffsbestimmung zu geben, die als Konstruktion geeignet erschiene.

Den Bestrebungen, in der Grundschuld ein rein dingliches Recht zum Ausdruck zu bringen, stehen die Bemühungen gegenüber, die Grundschuld nur als eine besonders geartete Schuld in der heutigen Bedeutung anzusehen.

---

9) Vgl. §§ 1204 ff., „Pfandrecht“ an beweglichen Sachen und Rechten.

Zwischen beiden Extremen bewegen sich verschiedene Auffassungen, die einander sich nähern, wo sie eine Verbindung der Gegensätze anstreben. Letzteres tun sie entweder durch Veränderung des gemeinrechtlichen Dinglichkeitsbegriffes, oder die Zwischenbildungen verknüpfen dingliches Recht und Schuldrecht, und erscheinen daher als „zusammengesetzte" Rechte. Die Zusammensetzung ist entweder ein mehr oder weniger einheitlicher Aufbau von dinglichem und Schuldrecht auf der Basis der Unterscheidung von Schuld und Haftung oder die Zusammensetzung erscheint weniger begründet und verbindet willkürlich dingliches Recht mit dem nach der sachenrechtlichen Seite hin modifizierten Schuldrecht in Gestalt einer den jeweiligen Eigentümer treffenden persönlichen Verpflichtung, deren Erzwingbarkeit auf das Grundstück beschränkt ist. Auf der anderen Seite finden sich die Auffassungen der Vertreter der Wertrechts- und Wertteil-Theorien, die die Grundschuld als rein dingliches Recht auffassen, sowie diejenigen, die die Grundschuld für ein reines Pfandrecht halten.

Versuchte ich bereits die Ansicht zu belegen, daß es gerechtfertigt erscheine, in der Grundschuld gewisse Berührungspunkte mit einer Schuld zu sehen, so ist allerdings (wie ich schon mit dem Worte „Bekommen s o l l e n" andeutete) nicht an eine Schuld im Sinne einer durch Vollstreckung in das gesamte Vermögen erzwingbaren persönlichen Verpflichtung zu denken, eine Schuld im heutigen Sinne.

Ich beschränke mich an dieser Stelle auf den Hinweis, daß als Schuld, die in der Grundschuld Aufnahme zu finden vermag, nur eine Schuld im Sinne des deutschrechtlichen Begriffes in Betracht kommen kann. Mit der Schuld aber muß eine Haftung verbunden werden. Denn Zweck der Haftung ist, eine Schuld zu sichern und sich folglich mit ihr zu verknüpfen. Daher erscheint es unter dem Gesichtspunkte der Schuld und Haftung gerechtfertigt, ein dingliches Recht mit einem Schuldrecht zu einem einheitlichen Rechtsgebilde verbinden zu wollen, das begrifflich immer in seine Bestandteile zu zerlegen ist.

Soll aber die Theorie der Schuld und Haftung zugrunde gelegt werden, so ist zunächst auf die Bedeutung dieser Be-

griffe einzugehen, worauf ihre Anwendbarkeit auf das geltende Zivilrecht im allgemeinen nachzuweisen ist.

Dann erst kann dem Versuche beigestimmt werden, ihre Anwendbarkeit auf ein besonderes Institut des Bürgerlichen Gesetzbuches in Angriff zu nehmen.

Kapitel II.

Die Theorie der Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht und ihre Anwendbarkeit im allgemeinen auf das heutige Zivilrecht.

Zum Beginn der folgenden Ausführungen mag betont — und der Beweis wird noch erbracht — werden, daß die begriffliche Unterscheidung von Schuld und Haftung im Sinne des alten deutschen Rechtes für das heutige Zivilrecht erforderlich und wertvoll ist.[1])

Die Wiederaufdeckung der Begriffe Schuld und Haftung im alten deutschen Recht ist das Verdienst der neueren germanistischen Forschung. Die Brinz-Amira'sche Lehre lieferte die Grundlage und den ersten Aufbau. Aber nicht nur für das nordgermanische,[2]) sondern auch für das sächsische Recht[3]) erwies sich auf Grund weiterer Forschungen die Unterscheidung der genannten Begriffe als notwendig. Und schließlich bestätigten eingehende Untersuchungen, daß die Unterscheidung von Schuld und Haftung dem gesamten germanischen Rechte wesentlich ist.[4])

---

1) Vgl. Puntschart, Festschr. f. v. Amira, S. 174; Gierke, Schuld und Haftung, S. 6, Einleitung; v. Schwerin S. 5 ff.; Strohal in Jherings Jahrb. 57, S. 274 ff.

2) v. Amira a. a. O.

3) Puntschart, Schuldvertr. u. Treugelöbn.

4) Hervorzuheben sind die Untersuchungen von: Egger, Vermögenshaftung und Hypoth. im fränkisch. Recht; ferner v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts; neuerdings für das gesamte deutsche Recht: Gierke, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht; vgl. ferner die Literatur bei Gierke a. a. O. S. 3 Anm. 9, S. 4 Anm. 10. Gierkes Lehren folgen v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht, Strohal in Jherings Jahrb. 57.

Auf die Bedeutung der Begriffe ist kurz einzugehen.

Sie sind, im älteren Recht auch immer nach außen hin erkennbare, selbständige Rechtsverhältnisse. Im römischen Rechte werden sie zwar auch vereinzelt unterschieden. Aber es fehlt an einer konsequenten begrifflichen Auseinanderhaltung. Denn die römische Obligation besteht aus der erzwingbaren Verpflichtung einer Person zur Leistung, also aus einem untrennbaren einheitlichen Begriff.

Die deutschrechtliche „Schuld" hingegen ist der rechtliche Zustand des Sollens. Mithin fehlt ihr, da sie kein Müssen bedeutet, die Vorstellungsweise der Erzwingbarkeit.

Sie setzt sich grundsätzlich zusammen aus einem „Bekommensollen" des Gläubigers, dem ein „Leistensollen" des Schuldners gegenübersteht. Doch auch das bloße Bekommensollen des Gläubigers wird Schuld genannt.[5])

Erschöpft sich aber die Schuld in dem Begriff des Sollens, so muß ihr noch ein rechtlicher Machtinhalt hinzugegeben werden, damit sie Wert erhalte. Das geschieht durch Hinzufügung der „Haftung".

Die „Haftung" tritt als besonderes Rechtsverhältnis neben die Schuld, ursprünglich nur kraft Rechtsgeschäftes,[6]) später auch kraft Gesetzes. Ihr Inhalt ist Zugriffsmacht des Gläubigers gegen eine Person, ein Vermögen oder eine Sache. Die Zugriffsmacht kann aber erst ausgeübt werden, wenn der Gläubiger nicht bekommen hat, was er bekommen soll. Vor der Ausübung besteht sie in einem dinglichen Sachherrschaftsrecht bei der Sachhaftung, in einem Herrschaftsrecht über die Person bei der ursprünglichen Personenhaftung, in einer bloßen „rechtlichen Sicherung der möglichen künftigen Herrschaftsergreifung" bei der Vermögens- und jüngeren Personenhaftung.[7])

Die Haftung bedeutet „Einstehen", weil sie Ersatz für die ausgebliebene Leistung herbeiführt, „Gewährschaft", „Garantie" usw., weil sie die Schuld sichert.[8])

---

5) Vgl. v. Amira I S. 36, 43 ff.; II S. 68 ff.; Puntschart, Schuldvertr. und Treugelöbn., S. 211 ff.; Gierke, Schuld u. Haftung, S. 8; v. Schwerin S. 7.

6) Vgl. Egger a. a. O. S. 122, 123, 133; Gierke, Schuld u. Haftung, S. 12.

7) Vgl. Gierke, Schuld und Haftung, S. 12.

8) Vgl. v. Amira I S. 22 ff., II S. 45 ff.; Puntschart, Schuldvertr.,

Eine Schuld bildet notwendig ihre Grundlage. Deren Nichterfüllung bildet die Voraussetzung für das Einstehen. Dieser Fall liegt vor, wenn der Gläubiger nicht bekommen hat, was er bekommen soll. Ein anderer Fall dagegen als „wofür" des Einstehens kann nicht in Betracht kommen, weil er nicht auf der Grundlage der Schuld sich ereignet.[9]) Mithin läßt sich von einer Haftung nur reden, wo sie mit einer Schuld in Verbindung gebracht ist. Die Verbindung ist auch dann vorhanden, wenn die Haftung im Hinblick auf eine künftige oder aufschiebend bedingte Schuld begründet worden ist.

Dient aber die Haftung dem Zwecke der Sicherung, soll sie Genugtuung verschaffen, so steht sie, mag sie zwar ein, natürlich immer nur in gewissem Sinne selbständiges Rechtsverhältnis darstellen, in Abhängigkeit von der Schuld. Daher erlischt sie, wenn die Schuld erlischt, oder die gegenwärtige oder künftige und aufschiebend bedingte Schuld nicht gegenwärtig oder auch künftig und aufschiebend bedingt nicht entstanden ist.

Beachtenswert ist das Bestreben der Entwicklung des deutschen Rechts, Haftung und Schuld immer enger zu verbinden, so daß ihre Verknüpfung schon im Mittelalter zur Regel ward.[10])

Die Haftung erscheint in verschiedener Gestalt.

Die Personenhaftung bedeutete ursprünglich lediglich Einstehen der Person als solcher. Sie ergriff die Persönlichkeit und damit Körper, Leben, Freiheit, Ehre und sonstige Persönlichkeitsgüter des Haftenden; sie wurde verwirklicht in Form der Geiselschaft, Bürgschaft usw.[11]) Der Begriff der persönlichen Haftung blieb aber nicht derselbe, sondern ging später in der Vermögenshaftung auf, seitdem das Einstehen der Person als solcher verschwand.[12])

S. 107 ff., 232 ff.; Egger a. a. O. S. 21 ff., 14 ff.; Gierke, Schuld und Haftung, S. 11.

9) Anders und daher unrichtig Pappenheim, Handb. d. Seerechtes, S. 318, 319; Haftung bedeute beim Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiff „Einständerschaft für den Fall, daß seitens eines anderen Gläubigers die Befriedigung aus dem Schiffe gesucht wird".

10) Vgl. Gierke, Schuld u. Haftung, S. 98; Strohal a. a. O. S. 306, 307.

11) Vgl. Gierke, Schuld u. Haftung, § 5.

12) Vgl. Gierke a. a. O. S. 76, 77 und dortselbst Anm. 115, 116.

Die Vermögenshaftung bedeutete nicht etwa ein Sachherrschaftsrecht (dingliches Recht) an den Gegenständen des gesamten Vermögens, sondern gewährte nur die rechtliche Möglichkeit, durch Zugriff auf das Vermögen im Wege der Pfandnahme sich Sachherrschaft zu verschaffen. Sie erscheint jedoch ihrem Kerne nach insofern als personenrechtliche Verstrickung, als der Gläubiger fremden Hausfrieden [13]) und Hofherrschaft brechen und somit „in das persönliche Recht des Vermögensherren eingreifen konnte".[14])

War die Vermögenshaftung anfänglich eine selbständige Haftungsart, so verband man sie später mit Sachhaftung oder Personenhaftung. Die letztere Verbindung war seit dem späten Mittelalter das regelmäßige Haftungsverhältnis eines jeden Schuldverhältnisses und gestaltete sich zu dem modernen Begriff der „persönlichen Haftung" als Haftung mit der vermögensrechtlichen Persönlichkeit, in welchem Begriff die Haftung mit der Person als solcher im ursprünglichen Sinne ganz verschwand.[15]) [16]) Während v. Amira und Puntschart immer nur persönliche und Sachhaftung unterscheiden und die Vermögenshaftung als von Anfang an in der persönlichen Haftung enthalten auffassen,[17]) führt insbesondere Egger aus (vergl. a. a. O. Vorwort S. XVI, XVII ff. und S. 86—133, besonders S. 126, 127), daß das germanische Altertum nicht eine persönliche Haftung gekannt habe, aus welcher Zugriff auf die Person und Zugriff auf das Vermögen als ein einheitliches Recht ohne weiteres sich ergaben, vielmehr sei die Personen-

13) Vgl. auch Egger a. a. O. S. 95.

14) Vgl. Gierke, Schuld und Haftung, S. 77, 78.

15) Nach Gierke, a. a. O. S. 98, zeigt sich jedoch die ursprünglich immer vorhanden gewesene Selbständigkeit der Vermögenshaftung heute noch in allen Fällen der „beschränkten Vermögenshaftung".

16) Vgl. v. Schwind a. a. O. S. 161, 162; Siber, Jherings Jahrb. 50 S. 199; Gierke a. a. O. S. 76, 97, 98; v. Schwerin a. a. O. S. 10; Strohal a. a. O. S. 280, 81; Richter, Die Bürgsch. kein Schuld-, sondern ein Haftungsverh., S. 28; nach Gierke, a. a. O. S. 76 Anm. 115, ist die Inhaftnahme des Schuldners nach §§ 888—890 ZPO. nicht Verwirklichung eines Zugriffsrechtes des Gläubigers, sondern öffentlichrechtliches Zwangsmittel Anders Isay in Jherings Jahrb. 48 S. 201.

17) Vgl. Puntschart, Schuldvertr., S. 201, die Person hafte nur als Träger ihrer wirtschaftlichen Kraft; deshalb werde bei der Zwangsvollstreckung auf ihre wirtschaftliche Kraft, vor allem ihr Vermögen gegriffen.

haftung als eine besondere Haftungsart gegenüber der Vermögenshaftung und der Sachhaftung in Erscheinung getreten.

Die Sachhaftung hat die Bedeutung des pfandartigen Einstehens einer bestimmten Sache für eine Schuld. Als selbständiges Rechtsverhältnis kann sie neben der Schuld entweder als einzige Haftung für diese bestehen („reine" Sachhaftung), oder zusammen aber für sich selbständig mit anderer Haftung.

Haftet eine Sache im Sinne der reinen Sachhaftung, so kann sich der Gläubiger, um Genugtuung für die nichterfüllte Schuld zu verschaffen, sich nur an die Sache halten. Verschafft ihm der Zugriff auf die Sache nicht genügende Befriedigung, so kann er sich zur Deckung an nichts mehr halten.

Bei der reinen Sachhaftung hat daher der Gläubiger mit einer Person gar nichts zu tun. Bekommt er nicht, was er bekommen soll, so kommt für die Ausübung seiner Zugriffsmacht nur die haftende Sache in Betracht, an der er bereits vor der Ausübung ein unmittelbares Herrschaftsrecht besitzt.[18])

Soll nun die Grundschuld auf der Grundlage der Unterscheidung von Schuld und Haftung konstruiert werden, so ist nunmehr erforderlich, den Nachweis zu erbringen, daß diese Unterscheidung im allgemeinen für das heutige Zivilrecht zu rechtfertigen ist.

Es war schon hervorgehoben worden, daß die Rechtsentwicklung eine Verknüpfung der deutschrechtlichen Begriffe Schuld und Haftung zur Regel machte. Daher bildete sich allmählich der Grundsatz aus, daß wer schuldet, auch haftet, und später (nach der Rezeption), daß wer persönlich, d. h. mit seinem Vermögen, haftet, auch schuldet.[19])

Infolge dieser Verknüpfung mußte die Unterscheidung der Begriffe, die ursprünglich ganz offensichtlich war, so verwischt werden, daß nur noch ein einziger Begriff vorhanden zu sein schien, der nun aussah, wie der römische Obligationenbegriff. Jedenfalls baute die moderne Zivilrechtsgesetzgebung wissentlich nicht auf der Unterscheidung von Schuld und

18) Vgl. Gierke a. a. O. § 4.

19) Vgl. Gierke a. a. O. S. 99, 106.

Haftung auf, da diese erst von der neuesten Rechtsforschung wieder aufgedeckt wurde.[20])

Die Anwendung des Schuld- und Haftungsgedankens aber auf das moderne Recht scheint trotzdem gerechtfertigt, wenn das Gesetz nicht im Wege steht und eine günstigere Lösung gesetzlicher Schwierigkeiten sich erzielen läßt, als mit Hilfe des römischen Obligationenbegriffes.

Nach § 241 BGB. ist kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern, die in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann. Eine „Schuld“ [21]) im Sinne dieser Bestimmung ist demnach die „erzwingbare Verpflichtung einer Person zur Leistung“,[22]), wobei der Begriff der Erzwingbarkeit sich aus dem Worte „fordern“ entnehmen läßt.

Von einer genauen Begriffsbestimmung der Schuld hat das Gesetz, wie auch die Motive (II S. 2 ff.) hervorheben, absichtlich abgesehen, weil das Aufgabe der Wissenschaft sei. Deshalb wird im § 241 nur die grundsätzliche Erscheinungsform des Schuldverhältnisses (resp. der Schuld) angegeben.

Diese grundsätzliche Erscheinungsform wird indessen allgemein als Begriffsbestimmung verwandt. Betrachtet man aber den § 241 als Definition der Schuld, so sind manche gesetzliche Eigentümlichkeiten nur schwer mit ihm in Einklang zu bringen, während sie — wie weiter unten ausgeführt werden wird — mit dem Begriffe der Schuld in der deutschrechtlichen Auffassung und seiner Trennung von der Haftung wohl erklärt zu werden vermögen. Dazu gehören u. a. die Fälle der beschränkten Vermögenshaftung, wo eine erzwingbare Personenverpflichtung besteht, die begrifflich (nach § 241) ihrem

20) Vgl. auch v. Schwerin a. a. O. S. 13.

21) Grundsätzlich werden hier Schuld und Haftungsverhältnis identifiziert. Denn beide Begriffe stellen rechtlich geordnete Beziehungen zwischen Personen dar. Später werden allerdings auf Grund der angewandten Theorie der Schuld und Haftung für den Begriff „Schuld“ in dieser Hinsicht Ausnahmen anerkannt werden, die freilich nicht im Recht der Schuldverh. zu finden sind. Denn ein Schuld„verhältnis“ ist nicht denkbar ohne Beziehung von Personen, weshalb dieser Begriff als der engere sich herausstellen wird.

22) Vgl. auch Mot. II S. 3 ff.

ganzen Umfange nach erzwingbar sein muß, in Wahrheit aber nur zu einem Teile erzwingbar ist, nämlich wenn und soweit das Sondervermögen nicht reicht. Darin liegt schon ein deutlicher Hinweis auf eine bessere Erklärungsmöglichkeit, auf die Auseinanderhaltung von Schuld und Haftung.

Durch Anwendung dieser Begriffe werden aber keineswegs fremde Vorstellungen in das Gesetz hineingetragen, wie man vielfach behauptet. Vielmehr ist es möglich, die scheinbar fremden Begriffe durch eine Auflösung der in § 241 enthaltenen Erscheinungsform des Grundsatzes, daß der Schuldner auch haftet, in seine Bestandteile, aus denen derselbe Grundsatz im deutschen Recht sich entwickelt hat, aufzudecken. Damit wird eine Basis gebildet sein, auf der der Grundsatz des § 241 und alle Abweichungen von ihm einheitlich aufgebaut erscheinen.

Daß das Gesetz zudem, was die Vorstellung der Schuld als einer erzwingbaren Personenverpflichtung betrifft, nicht alle Konsequenzen eines solchen Begriffes zieht, indem die Schuld auch einen größeren Inhalt in Ansehung des Gläubigerrechtes, wenn man von der Erzwingbarkeit als solcher absieht, zu haben scheint, beweist die Art des regelmäßigen Erlöschens einer Schuld.

Ist der Schuldner seiner Verpflichtung aus § 241 nachgekommen, ohne daß es zur Anwendung des Zwanges zu kommen brauchte, so ist damit auch folglich der Inhalt der Schuld erschöpft, die Schuld muß erloschen sein, kann aber auch nur dann erloschen sein. — Das folgt notwendig aus dem Begriffe der Schuld, wie er im § 241 grundsätzlich erscheint. Das Gesetz zieht aber diese Folgerung nicht genau. Denn nach § 362 Abs. 1 erlischt das Schuldverhältnis (resp. die Schuld), wenn „die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt ist". Nicht dagegen heißt es, wenn die geschuldete Leistung „vom Schuldner" an den Gläubiger bewirkt ist.

Sieht das Gesetz demnach in dem regelmäßigen Falle des Erlöschens einer Schuld von der Person des Schuldners ab und berücksichtigt lediglich den Erfolg, so erscheint es auch billig, in dem Begriffe der Schuld das zum Ausdruck zu bringen. Die Betonung des Erfolges beruht auf der Bestimmung des § 267. Hier wird ausgesprochen, daß, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat (z. B. bei Dienst- oder Arbeitsver-

trägen), also in den meisten Fällen auch ein Dritter die Leistung bewirken kann.

Damit wird der Schwerpunkt des Schuldinhaltes auf den Erfolg der Leistung verlegt,[23]) nämlich darauf, daß der Gläubiger bekommen hat, was der Schuld entspricht. Hebt man, was daher gerechtfertigt erscheint, in der Form eines Bekommen sollens als einem rechtlichen Zustande den Leistungserfolg in den Begriff der Schuld, wie er nach § 241 sich zeigt, ohne diesen Begriff in Wahrheit zu verändern, so hat man eine rechtlich befriedigende Erklärung für die genannten gesetzlichen Besonderheiten. Es bedarf eben nur einer Zerlegung des Schuldverhältnisses (in der Bedeutung des § 241) in seine Bestandteile durch Trennung des Begriffes der „Erzwingbarkeit" von dem der „Verpflichtung". Die Erzwingbarkeit wird dann zur Haftung, die Verpflichtung mit dem korrespondierenden Recht des Gläubigers, vom Schuldner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, zu einem Leistensollen des Schuldners mit gegenüberstehendem Bekommensollen des Gläubigers. Ehe ich auf eine Rechtfertigung dieser Analyse des Schuldbegriffes in der modernen Bedeutung näher eingehe, möchte ich noch den Gedanken zu Ende führen, daß auch in dem heutigen Schuldbegriff ein Bekommensollen des Gläubigers als vorhanden zu denken ist.

Hat der Schuldner in „Person" erfüllt (wie er verpflichtet war), so hat zugleich der Gläubiger bekommen, was er bekommen sollte. Hat der Schuldner zwar nicht erfüllt, dafür aber (in den gesetzlich zugelassenen Fällen) ein Dritter, so ist der Zustand des Bekommensollens verwirklicht worden, und da hierin der Schwerpunkt der Schuld liegt, so entfällt damit auch die Verpflichtung zur Leistung seitens des Schuldners.

Insbesondere können m. E. die Bestimmungen über den Gläubigerverzug mit Hilfe der Annahme eines rechtlichen Bekommensollens in der Schuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs befriedigend erklärt werden. Da das Schuldverhältnis regelmäßig erlischt, wenn durch den Schuldner oder einen Dritten erfüllt worden ist, so kann man gleichwohl von einer

23) Vgl. auch v. Schwerin a. a. O. S. 16.

„Erfüllung“ nur reden, wenn der Gläubiger die Leistung auch angenommen hat. Denn solange er sie nicht angenommen hat, mag zwar der Schuldner alles getan haben, was seiner Verpflichtung zur Erfüllung entspricht, aber dennoch besteht die Schuld weiter. Das Bekommensollen ist ja noch nicht verwirklicht worden, weil die geschuldete Leistung noch nicht an den Gläubiger bewirkt ist (vergl. § 362 BGB.).

Sie ist erst an ihn „bewirkt“, wenn er sie auch angenommen hat. Die dazu erforderliche Handlung, die z. B. bloß in einer Willenserklärung zu bestehen braucht, läßt sich aber als Verwirklichung des Bekommensollens einsehen und unter diesem Gesichtspunkte wohl verstehen. Weil der Gläubiger „bekommen soll“, ist es zweckmäßig, daß er auch dazu beiträgt, das Bekommensollen in die Tat umzusetzen. Tut er es nicht, so ist eben die Schuld noch nicht erloschen, weil er das Bekommensollen seinerseits noch nicht verwirklicht hat. Der Schuldner kann aber hierzu nicht mehr beitragen. Und darum wird seine Rechtsposition auch gebessert auf Kosten des verantwortlichen Gläubigers.[24])

Ist es daher auf Grund des Gesetzes zu befürworten, in den Schuldbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Bekommensollen des Gläubigers sich vorzustellen, dem dann ein Leistensollen des Schuldners gegenübersteht, so ist diese Vorstellungsweise, wie angedeutet wurde, bedingt durch ein begründetes begriffliches Herausheben der Erzwingbarkeit aus dem Schuldverhältnis[25]) und ihre Darstellung in der Gestalt eines begrifflich selbständigen Rechtszustandes. Diese Trennung freilich, das muß hier gleich betont werden, bleibt grundsätzlich auch nur eine Trennung in der Vorstellung. Denn grundsätzlich gehen ja, wie es die geschichtliche Entwicklung mit sich brachte, Schuld und Haftung so eng nebeneinander her, daß sie nach außen als Einheit auftreten und nur gedanklich trenn-

24) Für die Annahme eines „Bekommensollens“ in dem heutigen Schuldbegriff: v. Amira I S. 36, 43; Puntschart, Schuldvertrag, S. 210 ff., Grundschuldbegriff S. 14; Brunner in Kohlers Encyklopädie I S. 248; Gierke, ebenda S. 522; Siber in Jherings Jahrb. 50 S. 86; v. Staudinger II, 2, S. 2; v. Schwerin a. a. O. S. 16; Strohal a. a. O. S. 231 ff., 274 ff., 282 ff.; Richter a. a. O. S. 12.

25) Wie es im § 241 BGB. in Erscheinung tritt.

bar sind. Aber die Auseinanderhaltung in der Vorstellung vermag dafür gewisse Rechtshandlungen, wie beispielsweise die Zwangsvollstreckung, auf den einen oder anderen Begriff zurückzuführen, womit die gedankliche Trennung schon an sich einen Wert erhält. Insbesondere aber können einige Vorschriften beweisen, daß eine begriffliche Trennung von Schuld und Haftung im heutigen Recht um deswillen geraten erscheint, weil in diesen Vorschriften sich die selbständige Existenz des einen oder anderen Begriffes nach außen hin deutlich erkennen läßt. Auch vermögen gewisse Rechtsbeziehungen zwischen Personen und Sachen als selbständige Haftungsverhältnisse besonderer Art eingesehen zu werden. So die Fälle der Sachhaftung.

Was die begriffliche Trennung von Schuld und persönlicher Haftung betrifft, so widerspricht es nicht dem § 241, wenn das „Recht, vom Schuldner eine Leistung zu fordern", einmal dargestellt wird auf der Grundlage der Schuld als dem rechtlichen Zustande des Sollens, zum anderen aber als auf der Basis der Haftung beruhend.[26])

Denn die Tätigkeit des Forderns, die aus dem Rechte folgt, ist nicht stets mit Zwang durch Gerichtshilfe verbunden. Der Gläubiger kann und muß vielmehr in gewissen Fällen den Schuldner erst durch „Mahnung" in Verzug setzen, um später sich des Zwanges bedienen zu können. Die Mahnung selbst erscheint demnach als die Tätigkeit des Forderns, die freiwillige Leistung bezweckt und ohne jeden Zwang geschieht. Ist es also möglich zu fordern, ohne daß ein Zwang gleichzeitig anwendbar ist, so kann die Auffassung nicht zurückgewiesen werden, daß diese rechtliche Tätigkeit einem Recht, und damit einem diesem Recht zugrunde liegenden Rechtszustande entspringe, der ohne jeden beigegebenen Zwang zu denken ist. Das ist die Schuld als Zustand des Sollens. Dann bedeutet das Fordern in Form der Mahnung Realisierung dieser Schuld.

Im übrigen aber ist es möglich, das „Recht, vom Schuldner eine Leistung zu fordern" auf den Rechtszustand der Haftung zurückzuführen, nämlich soweit die Tätigkeit des Forderns mit Zwang gegen die Person sich verbindet.

26) Anders Puntschart, der die „Forderung" nur für realisierbare Haftung hält; vgl. Grundschuldbegr. S. 14.

Zwar zeigt sich die Haftung als Zugriffsmacht, die auf Ersatz der Leistung, nicht aber auf Erzwingung der ausgebliebenen Leistung selbst geht.

Aber was im Sinne des § 241 Erzwingung der ausgebliebenen Leistung ist, das erscheint im Sinne der Haftung als Beschaffung eines Ersatzes für die ausgebliebene Leistung. Denn jede zwangsweise Erfüllung, d. i. die im Wege der Klage und Vollstreckung, hat die Bedeutung einer Ersatzerfüllung insofern, als jede mit Gerichtshilfe erzwungene Erfüllung begrifflich einen Ersatz bildet für die nicht geschehene freiwillige Erfüllung.[27]) Ob auch wirtschaftlich ein Ersatz bewirkt wird, ist für die Haftung gleichgültig. Dieser Erfolg wird zwar im deutschen Recht anfänglich stets erzielt worden sein. Doch durch Einführung der gerichtlichen Vollstreckung und des Pfandverkaufes erhielt beispielsweise der Gläubiger einer Geldforderung wirtschaftlich gerade diejenige Leistung, die er bekommen sollte, aber keinen Ersatz dafür. Dennoch war das Haftungsrealisierung, und es genügt daher, wenn begrifflich eine Ersatzleistung erzielt wird.

Vermag man daher nach dem Angeführten dem § 241 BGB. die Schuld- und Haftungslehre zugrunde zu legen, so ist diese Norm eben vorzustellen als die typische Erscheinungsform des Schuld- und Haftungsverhältnisses, wobei die Haftung als eine „persönliche" Haftung erscheint.

Werden diese Besonderheiten im Lichte der modernen Auffassung des Begriffes „Schuld" betrachtet, so sind sie freilich mit ihr schwerlich in Einklang zu bringen. Geht man dagegen von der Schuld- und Haftungstheorie als einer einheitlichen Grundlage aus, so erkennt man in dem § 241 die regelmäßige Gestaltung des Schuld- und Haftungsverhältnisses, während eine Anzahl gesetzlicher Bestimmungen die begriffliche Eigenart und Selbständigkeit des einen oder des anderen Verhältnisses durchblicken lassen. Denn sie stellen Schuld und Haftung nicht äußerlich so verschwommen dar, daß diese Begriffe nur in der Vorstellung zu trennen wären, vielmehr

---

27) So richtig Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung, S. 161; Egger, a. a. O. S. 15, 16; v. Schwerin a. a. O. S. 22.

auf eine Art, daß diese auch noch nach außen hin erkennbar als selbständige Rechtsgebilde auftreten.

Die Haftung entsteht im heutigen Recht, wie auch früher, kraft Rechtsgeschäftes oder kraft Gesetzes. Sie hat immer denselben Inhalt, nämlich Einstehen im Sinne einer Rechtsunterwerfung unter die Zugriffsmacht des Gläubigers.[28]) Sie erscheint in verschiedenen Arten, deren ein ganzes System sich aufstellen läßt.[29]) Die Hauptarten sind persönliche Haftung (mit dem ganzen Vermögen), Vermögenshaftung (mit einem Sondervermögen) und Sachhaftung.[30]) Die Zugriffsmacht kann vor Zulässigkeit ihrer Ausübung in einer dinglichen Sachherrschaft sich zeigen (in den Fällen der Sachhaftung), oder nur in der rechtlichen Sicherung der künftigen Ausübung der Macht.[31]) Wohl aber kann die Haftung einen von der Schuld verschiedenen Umfang besitzen. Das zeigt sich in den Fällen der beschränkten Vermögenshaftung, wie beispielsweise in der beschränkten Erbenhaftung.[32]) Macht sich in diesen Fällen schon eine gewisse Selbständigkeit der Haftung bemerkbar, so vermag man andererseits auch nur mit Hilfe der Schuld und Haftungstheorie hier eine ganz klare Vorstellung zu gewinnen. Nicht zutreffend ist die Behauptung, daß dabei die Schuld von vornherein nur im Umfange der Haftung bestünde,[33]) wenn freilich auch die Schuld als erloschen zu betrachten ist, nachdem das haftende Vermögen erschöpft ist.[34])

Eine Anzahl gesetzlicher Bestimmungen vollends läßt sich dadurch erklären, daß es sich um Fälle handelt, wo der

---

28) Gegen die Behauptung Isays: In den Fällen des § 888 ZPO., bei Individualleistungen oder geschuldetem Dulden resp. Unterlassen, sei der Inhalt der Haftung in erster Linie Zwang gegen die Person, ist zu entgegnen, daß es sich hier um ein öffentlichrechtliches Zwangsmittel handelt, während der Haftungsinhalt (Einstehen) erst in § 893 ZPO. zum Ausdruck kommt; vgl. Gierke, Schuld u. Haftung, S. 76, Anm. 115; Richter S. 28.

29) Vgl. darüber Gierke a. a. O. S. 115.

30) Vgl. Gierke a. a. O.

31) Vgl. Gierke a. a. O. S. 12 und S. 2 oben.

32) Vgl. ferner Isay a. a. O. S. 197; v. Schwerin a. a. O. S. 36 ff.

33) So Siber, Rechtszwang im Schuldverh., S. 202, ders. in Jhering 50 S. 128 ff.; Oertmann: Komm. z. BGB. II, 2 Vorbem. 6; dagegen Gierke, Schuld u. Haftung, S. 108 Anm. 33.

34) Vgl. Gierke a. a. O. S. 108.

Schuldner schuldet, ohne zugleich zu haften, und der Haftende haftet, ohne zugleich selbst zu schulden. Unter die erste Kategorie ist der Fall zu rechnen, daß B. dem A. 100 schuldet, wofür neben der persönlichen Haftung des B. eine Sache des B. haftet. Nach Verjährung dieser Schuld besteht die Sachhaftung allein weiter, während die persönliche Haftung des Schuldners erloschen ist (§§ 222, 223 BGB.).

Zu der anderen Kategorie zählen die Fälle der Haftung aus Vermögensinnehabung, wie z. B. die mit Vermögensinnehabung verbundene Haftung des Nießbrauchers an einem Vermögen, oder die Haftung des Ehemannes mit dem eingebrachten Gute für Schulden der Ehefrau.[35]) [36])

Es ist aber auch möglich, Schulden ohne jede Haftung zu erkennen. Das kann man dort, wo das Bürgerliche Gesetzbuch eine „Verbindlichkeit" negiert (vergl. die Fälle des Spieles, der Wette usw.: BGB. §§ 656, 762, 764).[37])

Es läßt sich allerdings einwenden, „Verbindlichkeit" sei identisch mit „Schuldverhältnis", und da mithin ein solches vom Gesetz ausdrücklich negiert werde, dürfe auch keine Schuld als rechtlicher Zustand des Sollens angenommen werden. Dann ist es aber weniger verständlich, wie dennoch das auf Grund der genannten Bestimmungen Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Denn nicht zurückgefordert werden kann doch immer nur, was aus einem rechtlichen Grunde geleistet ist. Folglich müßte ein rechtlicher Grund, zum mindesten als ein rechtliches Sollen, nicht aber könnte nur ein sittlicher Grund vorhanden sein.

35) Vgl. auch Gierke a. a. O. S. 107 und dortselbst Anm. 32, wo noch der Fall des HGB. § 25 mit § 22, 2 angeführt ist.

36) Die Bürgschaft ist dagegen kein Haftungsverhältnis. Der Bürge schuldet vielmehr Ersatz für den Fall der Nichterfüllung der Hauptschuld. Dafür haftet er persönlich. Vgl. ähnlich Gierke a. a. O. S. 106 und dortselbst Anm. 29; vgl. auch Siber in Jhering 50 S. 108; Strohal in Jhering 57 S. 289; anders: Isay a. a. O. S. 192; Richter a. a. O. S. 35 ff.; Dümchen in Jhering 54, S. 407, 8.

37) Vgl. Isay a. a. O. S. 194 ff.; Puntschart, Grundschuldsbegriff, S. 80 und S. 11 Anm. 1; v. Schwind a. a. O. S. 32 ff.; Gierke, Schuld u. Haftung, S. 99 Anm. 1; Richter a. a. O. S. 16, 17; dagegen: Siber in Jhering 50 S. 74 bis 77; Dümchen in Jhering 54 S. 392; Strohal in Jhering 57 S. 291 — die hier eine bloße „Anstandspflicht" annehmen.

Dazu sind die Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen ist, im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse geregelt. Weil indessen solche Voraussetzungen hier nicht vorliegen, so läßt sich folgern, daß ein Rechtsverhältnis, ein rechtlicher Zustand besteht, der aber keine „Verbindlichkeit", wohl aber ein „Schuldverhältnis", keine Haftung, sondern nur ein Rechtszustand des Bekommen- und Leistensollens ist. Denn das Schuldverhältnis ist seinem wahren Begriffe nach nur ein solcher Zustand des Sollens. In dem Worte „Verbindlichkeit" liegt hingegen der Ton in dem Erzwingbaren. Die Verbindlichkeit ist schwerlich anders, als nur als Haftung auszulegen, indes der Sinn des Wortes Schuldverhältnis oder Schuld viel weiter geht. Ein „Schuldverhältnis" aber wird vom Gesetz ausdrücklich nicht negiert.

Den genannten Fällen gegenüber finden sich auch Fälle der Haftung ohne Schuld, allerdings in der Bedeutung, daß eine Schuld nicht gleichzeitig existiert. Denn die Haftung setzt ja begrifflich eine Schuld insofern voraus, daß sie zum mindesten im Hinblick auf eine Schuld begründet werden muß.

Man denke an die Bestellung eines Pfandrechtes an einer beweglichen Sache für eine künftige oder aufschiebend bedingte Schuld (vgl. § 1204 Abs. 2 BGB.).[38]) [39])

Jedenfalls liegt m. E., und das bemühte ich mich auch zum Ausdruck zu bringen, die Theorie der Schuld und Haftung dem modernen Recht nicht so gänzlich ferne, wie Predari, allerdings ohne folgende Begründung, es behauptet.[40])

Auch den Auffassungen Geibs und Sibers glaube ich sie entschieden vorziehen zu dürfen. Beide stellen sich die Schuld nur als die erzwingbare Verpflichtung einer Person zur Leistung vor. Geib nennt jedoch die in ihr enthaltene Erzwingbarkeit „Haftung" (persönliche) und zwar deshalb, weil die durch

38) Vgl. ferner Gierke, Schuld u. Haftung, S. 99 Anm. 3.

39) Noch weitere Untersuchungen über die Möglichkeit, gewisse gesetzliche Besonderheiten mit Hilfe der Schuld und Haftungstheorie befriedigend zu erklären, vgl. bei Strohal in Jhering 57 S. 274 ff., 297 ff., Anwendung auf die Pflichtteilsergänzung, insbesondere die Schuldübernahme.

40) Vgl. Predari, Grundbuchordnung, S. 218.

Klage und Vollstreckung bewirkte Durchführung des Zwanges bzw. der erzwingbaren Schuld begrifflich stets eine Ersatzleistung zum Erfolge habe.[41]) Daß aber der Inhalt dieser in der Schuld enthaltenen „Haftung" nicht privatrechtliche Zugriffsmacht, sondern vielmehr öffentlichrechtlicher Vollstreckungsanspruch sei (S. 162, 163, 165), dürfte auf keinen Fall vor die Ansicht gestellt werden, daß die Verwirklichung jeder Haftung Durchführung eines privaten Rechts bedeute.[42]) Es entspricht auch der geschichtlichen Entwicklung, wenn man sich vorstellt, daß der Gläubiger kraft seines Privatrechts den Zwang gegen den Schuldner anwendet bzw. die Haftung realisiert, wobei das Gericht ihn nur unterstützt[43]) und Mittel zum Zweck bildet aus Gründen der Rechtssicherheit und der Ordnung.[44])

Siber nennt persönliche Haftung die auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer primären Schuld gerichtete „sekundäre Schuld" (und die Schuld des Bürgen), weil hier tatsächlich und nicht nur begrifflich eine Ersatzleistung erzielt werde (vgl. Siber in Jhering 50 S. 55 ff.; insbes. S. 163).

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung läßt sich jedoch m. E. viel besser verstehen als eine kraft Gesetzes eintretende Erweiterung der bestehenden Schuld, zu deren Sicherung auch zugleich der Umfang der bestehenden Haftung kraft Gesetzes entsprechend sich ausdehnt. Diese gesetzliche Schuld hingegen selbst Haftung zu nennen und nur, weil sie wirtschaftlich eine Ersatzleistung erzielt, trägt zur Klarheit der Vorstellung nicht viel bei.

Die gesetzlichen Besonderheiten, wie Spiel und Wette usw., erklärt Siber für bloße Anstandspflichten. Dagegen ist bereits Stellung genommen worden (vgl. oben S. 25).

Geib kommt zur Ablehnung einer Schuld ohne Haftung

---

41) Vgl. Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung S. 152 ff, 161.

42) Daß dem Gläubiger ein publizistischer Vollstreckungsanspruch zustehe, behauptet auch Pflüger im Arch. f. d. ziv. Prax. 81 S. 292 ff., — für die Grundschuld und Reallast —.

43) Beachte auch: Parteibetrieb.

44) Vgl. auch Strohal in Jhering 57 S. 306: Nur die Art der Haftungsverwirklichung sei durch das öffentliche Recht bestimmt.

und Haftung ohne Schuld nur infolge der konsequenten Durchführung seines Schuldbegriffes. Solange man freilich die Schuld auffaßt als eine persönliche Verpflichtung zur Leistung, der der Begriff der Erzwingbarkeit untrennbar innewohnt, mag man auch immer die Erzwingbarkeit, wie Geib, „Haftung" nennen, solange ist eine vollbefriedigende Erklärung mancher gesetzlicher Bestimmungen, wie die über Spiel, Wette usw., beschränkte Haftung usw., wohl nicht möglich.

Daß aber die Schuld- und Haftungstheorie dem modernen Recht nicht „gänzlich ferne" liegt, beweist gerade der Umstand, daß die geschichtliche Entwicklung eine starke Annäherung an die moderne Auffassung des Schuldbegriffes herbeizuführen vermochte, die so groß war, daß im allgemeinen äußerlich überhaupt kein Unterschied mehr sich bemerkbar machte. Das geschah insbesondere durch die Verschmelzung der Haftung mit der Person einerseits, mit dem Vermögen andererseits zu einer durch die haftende Person vermittelten Vermögenshaftung und durch die Ausbildung des erwähnten Grundsatzes, daß der Schuldner haftet und der Haftende auch schuldet.[45])

Die Freunde und Gegner der Anwendbarkeit der Schuld- und Haftungstheorie auf das heutige Recht sind ausführlich zusammengestellt bis in die neueste Zeit bei v. Schwerin (a. a. O. S. 5 Anm. 2). Ich beschränke mich deshalb auf die Angabe der Hauptvertreter beider Ansichten, wobei der Einheitlichkeit halber die im Laufe der Ausführungen bereits erwähnten mit angeführt werden.

Für die Ansicht sind insbesondere: Puntschart,[46]) v. Schwind,[47]) Dernburg,[48]) Gierke,[49]) Pappenheim,[50]) Dümchen,[51]) Schulz,[52]) Isay,[53]) Bekker,[54]) v. Schwerin,[55]) Strohal,[56])

45) Das betont insbesondere Strohal in Jhering 57 S. 306, 307.

46) Grundschuldbegriff S. 13 ff., 110 ff.; ders., Festschr. für v. Amira S. 105 ff.

47) Wesen und Inhalt des Pfandrechtes S. 196 ff.

48) Bürgerl. R. III S. 689.

49) Deutsch. Priv. R. II S. 851 ff.; ders., Schuld u. Haftung, S. 7 ff.

50) Handb. des Seerechts; ders. in Ztschr. f. Handelsr. XLVII S. 142 ff.

51) In Jhering 54 S. 353 ff.

52) In Arch. f. d. ziv. Prax. 105 S. 228, 266 ff.

53) In Jhering 48 S. 195, 198, 199.

54) In Ihering 49 S. 53.

55) Schuld u. Haftung S. 5 ff.

56) In Jhering 57 S. 274 ff.

und Kuhlenbeck[57]) und Riezler[58]) in v. Staudingers Kommentar.

Von den Gegnern sind zu nennen: Kohler,[59]) Predari,[60]) Ehrenberg[61]) (in Beziehung auf das Recht des Schiffsgläubigers), Geib,[62]) Horn,[63]) Siber,[64]) Hellmann[65]) (in Beziehung auf die Grundschuld) und Hirsch[66]) (in Beziehung auf das „Grundpfandrecht").

Kapitel III.

Anwendung der Schuld- und Haftungstheorie zur Konstruktion der Grundschuld.

Es war bisher „Schuld" und „Schuldverhältnis" identifiziert und darunter die rechtliche Beziehung zwischen Personen als Zustand des Gläubiger-Bekommensollens und des ihm gegenüberstehenden Schuldner-Leistensollens verstanden worden.

Der Begriff „Schuld" enthält ja auch grundsätzlich eine Personenbeziehung, indem regelmäßig dem Gläubiger auch ein Schuldner gegenübersteht. Nach der Auffassung der Begründer der Schuld- und Haftungslehre ist das sogar immer der Fall.[1])

Regelmäßig wird jedenfalls die Schuld ein Schuld„verhältnis" sein.

Aber bereits unter den neueren Anhängern der germanistischen Richtung findet sich der Gedanke, daß zum Begriff

---

57) 1908 II S. 2 ff.
58) 1908 I Anm. zu § 222.
59) Arch. f. d. ziv. Prax. 91 S. 271 ff.
60) Grundbuchordn. S. 218.
61) Festg. für Regelsberger S. 31 ff.
62) Rechtsschutzbegehren u. Anspruchsbetätigung, S. 170, 171.
63) Eigentümerhypothek S. 21 ff.
64) In Jhering 50 S. 54 ff.
65) Krit. Vierteljahrsschr. 44 S. 72.
66) Übertragung der Rechtsausübung S. 440.

1) Vgl. hierzu Strohal in Jherings Jahrb. 57 S. 282.

der Schuld nicht notwendig Gläubiger und Schuldner gehören, daß vielmehr die Schuld auch vorstellbar sei mit nur einem Gläubiger-Bekommensollen zum Inhalte.[2])

Unterstützt wird diese Auffassung, die an sich zunächst recht eigenartig erscheint, durch die Tatsache, daß im alten deutschen Recht das Bekommensollen des Gläubigers allein für sich als „Schuld" bezeichnet wird.[3])

Im folgenden soll versucht werden, diese Ansicht für die Fälle, in denen Schuld- und reine Sachhaftung sich verbinden, auf Grund einer allgemeinen Betrachtungsweise zu unterstützen.

Der Schwerpunkt der Schuld liegt allerdings in dem Bekommensollen des Gläubigers.

Die Schuld aber anders als ein Bekommensollen des Gläubigers und ein Leistensollen des Schuldners sich zu denken, ist gleichwohl so lange kein ersichtlicher Grund vorhanden, als man die Schuld nur für sich betrachtet.

Es ist jedoch zu beachten, daß die Haftung erst der Schuld überhaupt Wert zu verschaffen vermochte.

Bedeutete aber dadurch die Haftung einen außerordentlich wichtigen Faktor für die Schuld, so ist der Gedanke nicht unrichtig, daß die Haftung die Schuld nicht nur zu bewerten, sondern infolge der Bewertung auch zu beeinflussen vermochte. Eine solche Beeinflussung aber ist als in den Fällen möglich und zweckmäßig anzuerkennen, wo infolge der mit der Schuld zusammen begründeten Art der Haftung die Person eines Schuldners völlig gleichgültig geworden ist, und

2) Vgl. Puntschart, Grundschuldbegr., S. 112 ff., nur in Beziehung auf die Grundschuld (nach seiner Auffassung fehlt aber nur der Schuldner, nicht auch das Leistensollen); v. Schwerin, a. a. O. S. 7, 16; Strohal a. a. O. S. 274 ff., 282 ff., 284, 291. Beide in Beziehung auf die Grundschuld (Rentenschuld und Reallast); auch sonst verwendet Strohal noch den Begriff der bloßen „Gläubigerschuld", doch ohne zureichenden Grund. Als Grund für die Möglichkeit der Existenz einer bloßen Gläubigerschuld führen er und v. Schwerin an, daß Leistensollen und der Schuldner bei der Grundschuld (Rentenschuld) und Reallast fehlen könnten, weil es „überflüssig" sei und auch das Gesetz nicht von einem Schuldner rede. Zudem liege der Ton bei der Schuld nach dem BGB. auf dem „Bekommensollen". Auf dieser Grundlage könne es im geltenden Recht „Gläubigerschulden" geben (vgl. v. Schwerin a. a. O. S. 16; Strohal a. a. O. S. 291).

3) Vgl. v. Amira a. a. O. I. S. 36, 43; Puntschart, Schuldvertr., S. 210 ff.

das Gesetz auch nicht das Vorhandensein eines Schuldners ausspricht.[4])

Denn haftet einzig und allein eine Sache[5]) dem Gläubiger für eine Schuld, so kann der Gläubiger, um Ersatz für die nichterfüllte Schuld sich zu verschaffen, sich nur an die Sache halten. Seine Zugriffsmacht richtet sich nicht etwa materiell gegen die Person des Schuldners, um, wie bei der übrigen Haftung durch Angriff des Vermögensherrn gegen dessen Vermögen betätigt werden zu können. Sondern seine schon vor der Ausübungsmöglichkeit in einem dinglichen Sachherrschaftsrecht sich zeigende Zugriffsmacht richtet sich direkt gegen die Sache, die deren Eigentümer freilich zu verteidigen die Möglichkeit haben muß, denn die Sache ist keine Rechtsperson.[6]) Die Rolle, die daher der Sacheigentümer im etwaigen Prozeß der Verwirklichung der Zugriffsmacht gegen die Sache spielt, ist nur eine formelle, insofern als sich die in Form des Prozesses betätigte Zugriffshandlung materiell gegen die Sache richtet und der Eigentümer nur als deren Repräsentant fungiert.

Die Sachhaftung hat es daher nur mit dem Gläubiger und der haftenden Sache zu tun. Stellt man sich daher bei der durch reine Sachhaftung gesicherten Schuld einen Schuldner vor, der dem Gläubiger leisten soll, so ist dieser für die Haftung ohne jede Bedeutung. Dazu kommt, daß es genügt, um die Haftung zu realisieren, wenn die Tatsache vorliegt, daß der Gläubiger nicht bekommen hat, was er bekommen soll. Denn so lange dieser Erfolg noch nicht eingetreten ist, ist auch die Schuld noch nicht erfüllt.

4) Vgl. v. Schwerin a. a. O. S. 6: „Ein Leistensollender ist immer vorhanden, wo eine bestimmte Rechtsordnung eine Person zur Leistung designiert . . .“

5) Heute ist eine „reine“ Sachhaftung nur noch bei unbeweglichen Sachen möglich zu erkennen (eine Ausnahme bildet allerdings der Fall des Pfandrechts an einer beweglichen Sache oder einem Rechte für eine verjährte Forderung).

6) Vgl. ähnlich Hirsch, Übertragung d. Rechtsausübung, S. 455. Das Subjekt des „verstrickten“ Rechtes (Eigentümer am Pfandobjekt, z. B. der Eigentümer des Grundstückes, das mit einer Grundschuld belastet ist) „verteidigt sein bedrohtes Recht“. „Er ist der natürliche Verteidiger des bedrohten Pfandes.“

Ist aber in Beziehung auf die Haftung, durch welche ja die Schuld überhaupt erst Wert erhält, die Person eines Leistensollenden ohne jede Bedeutung, so kann in den Fällen der durch reine Sachhaftung gesicherten Schuld ein Schuldner auch für die Schuld selbst gleichgültig sein. Und ist das Subjekt des Leistensollens hier ohne Bedeutung, so ist es damit auch das mit dem Subjekt notwendig verbundene und ohne Subjekt nicht denkbare Leistensollen. Zudem spricht das Gesetz in den heute noch erkennbaren Fällen der reinen Sachhaftung nicht von der Person eines Schuldners.

In den Fällen dagegen, wo eine Schuld nicht durch reine Sachhaftung gesichert wird, sondern durch persönliche Haftung oder beschränkte Vermögenshaftung einer Person, richtet sich die Zugriffsmacht immer unmittelbar gegen die Person des Vermögensherrn und erst mittelbar gegen dessen Vermögen selbst, ohne vor ihrer Ausübung anders, als nur in der rechtlichen Garantie zur künftigen Ausübung in Erscheinung zu treten. Räumt daher diese Person durch Rechtsgeschäft dem Gläubiger das Recht des Bekommensollens ein in Verbindung mit einer Zugriffsmacht, die unmittelbar gegen sie selbst ausgeübt zu werden vermag,[7]) so ist die Vorstellung gar nicht zu entbehren und erscheint es zweckmäßig, daß diese Person auch l e i s t e n s o l l.

Betrachtet man hingegen den Fall, daß eine Person dem Gläubiger das Recht des Bekommensollens in Verbindung mit einer bereits vor der Ausübung stark ausgeprägten Zugriffsmacht auf eine Sache einräumt, so sieht man deutlich den Gegensatz gegen den eben angeführten Fall, was die Bedeutung des Schuldners und des durch seine Person bedingten Leistensollens betrifft. Denn braucht hier der Gläubiger materiell nicht noch erst eine Person künftig anzugreifen, um sein Recht durchzusetzen, so genügt seinem Zwecke vielmehr schon die bloße Gläubigerschuld in Verbindung mit der dinglichen Sachhaftung, die die Sache für eine künftige Verwirklichung der Zugriffsmacht bereits gegenwärtig festhält. Und ist die Schuld allgemein nur dann von positiver Bedeutung, wenn sie auch durch eine Haftung gesichert ist, braucht

7) Oder sei es, daß diese Gläubigerrechte durch Gesetz entstehen.

aber die Haftung als reine Sachhaftung begrifflich nur den Hauptbestandteil der Schuld, um der Schuld Wert zu verschaffen, so hat die Schuld mithin auch nur in Beziehung auf ihren Hauptbestandteil, das Gläubiger-Bekommensollen, Wert. Folglich braucht in den Fällen der reinen Sachhaftung die Schuld überhaupt nur mit dem Inhalt vorgestellt zu werden, der in diesen Fällen allein Bedeutung hat. Als Schuldbegriff genügt hier also das Bekommensollen des Gläubigers mit der Bezeichnung „Gläubigerschuld".[8])

Läßt sich nun bei der Grundschuld ein Fall der reinen Sachhaftung konstatieren, indem der Gläubiger im Falle des Nichtbekommens der Grundschuld sich nur an das haftende Grundstück halten kann, so ist die in der Grundschuld neben der Haftung enthaltene Schuld als bloße Gläubigerschuld vorstellbar.[9]) Jedenfalls widerspricht das nicht dem Gesetz. Denn es nennt den Sacheigentümer, der das Gläubigerrecht mitbegründet, nicht einen Leistensollenden. Vielmehr ist der Eigentümer nach den §§ 1142 Abs. 1 (1192 Abs. 1) nur „berechtigt", den Gläubiger zu befriedigen.

Die Schuld- und Haftungskonstruktion der Grundschuld ist einmal mit der gesetzlichen Begriffsbestimmung wohl in Einklang zu bringen, insofern als diese die weitere, allgemeinere, jene Konstruktion hingegen die engere schärfere Vorstellungsweise bedeutet. „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist . . ." (§ 1191 Abs. 1 BGB.). In dieser Begriffsbestimmung geht die Konstruktion auf, denn die Sach-

8) Diesen Ausdruck gebrauchen v. Schwerin und Strohal a. a. O.

9) Für eine in der Grundschuld enthaltene Gläubigerschuld: v. Schwerin a. a. O. S. 20; Strohal a. a. O. S. 283; Puntschart, „Grundschuldbegriff" S. 110 ff.; Festschrift für v. Amira S. 166/7, stellt eine Konstruktion auf, die viel Ähnlichkeit mit der hier vertretenen besitzt, gleichwohl bestehen wichtige Unterschiede. Auf seine Konstruktion ist später einzugehen. Der Ansicht Puntscharts schließen sich an: Sommer, Diss., S. 62 ff.; Trobitzsch S. 20 ff., letzterer aber nicht genau, denn er spricht von einem bloßen Bekommensollen des Gläubigers, während Puntschart auch das Leistensollen in der Schuld der Grundschuld begrifflich verlangt, der nur der Schuldner fehlt. Soweit jedoch Trobitzsch abweicht, ohne Begründung, ohne überhaupt die Abweichung ausdrücklich hervorzuheben.

haftung erscheint als Grundstücksbelastung, gleichbedeutend mit dinglichem Recht an dem Grundstück. Das entsteht durch Einigung und Eintragung gleichzeitig und durch denselben Rechtsakt zusammen mit der Gläubigerschuld.

Der Inhalt aber dieses zusammengesetzten Rechtes, welches als eine Einheit nach außen auftritt, besteht darin, daß der Gläubiger eine bestimmte Geldsumme bekommen soll und die dingliche Grundstückshaftung im Wege der Zwangsvollstreckung verwirklichen kann, wenn er die Geldsumme nicht bekommt. Dem widerspricht nicht die Bezeichnung „aus dem Grundstücke“ sei eine bestimmte Geldsumme zu zahlen. Denn man kann, wie es in der Literatur auch mehrfach geschieht, diese Fassung dahin deuten, daß darunter zu verstehen ist: „bei Haftung des Grundstücks“. Noch besser ist jedoch die Auslegung: „nötigenfalls aus dem (haftenden) Grundstücke“ (oder genauer: dem durch Haftungsrealisierung des Grundstücks erzielten Erlöse, §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB.), wobei die Bedeutung der Wendung „nötigenfalls“ dem Umstande Rechnung trägt, daß die Haftungsverwirklichung an die Fälligkeit der Grundschuld, d. h. an die Voraussetzung gebunden ist, daß der Gläubiger nicht bekommen hat, was er bekommen sollte.

Diese Interpretation: „an den Gläubiger ist eine bestimmte Geldsumme nötigenfalls aus dem Grundstückserlöse zu zahlen“, verdient deshalb den Vorzug vor der Auslegung: „aus dem Grundstück“ bedeute: „bei Haftung des Grundstücks“, weil sie die Surrogation des Versteigerungserlöses anstelle des Grundstücks im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens als der Haftungsrealisierung berücksichtigt. Die Existenz einer Gläubigerschuld aber entspricht der Bezeichnung: „an den Berechtigten ist eine bestimmte Geldsumme zu zahlen.“

Wenn auch das Wort „nötigenfalls“ nicht in dem Texte der gesetzlichen Begriffsbestimmung enthalten ist, so ist es doch ihrem Sinne zu entnehmen, was zugleich berechtigt erscheint, weil diese Definition eben eine allgemein gehaltene Vorstellungsweise bedeutet.[10])

10) Nach Hirsch, Übertragung der Rechtsübung, bedeutet „aus dem Grundstück“ ist zu zahlen nur „aus dem Erlöse“ ist zu zahlen. Hielte man

Konstruiert man die Grundschuld als nur durch reine Sachhaftung gesicherte Gläubigerschuld, so vermag man alle diejenigen gesetzlichen Besonderheiten zu erklären, deren Sinn gleichmäßig ergibt, daß die Grundschuld nicht als ein rein dingliches Recht zu denken ist (vgl. die Ausführungen in Kap. I S. 6 ff.).

Ich beschränke mich hier darauf, die Anwendung dieser Konstruktion auf die m. E. wichtigste jener schon früher genannten Besonderheiten genauer auszuführen. Für die wichtigste Besonderheit dürfte die Bestimmung gelten, nach welcher dem Grundschuldgläubiger „Verzugszinsen aus dem Grundstücke" gebühren, wenn dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt (§§ 1146, 1192 Abs. 1).

Diese Bestimmung begünstigt ebenso die Auffassung der in der Grundschuld enthaltenen Schuld als reine Gläubigerschuld, wie sie zugleich der Annahme des Leistensollens eines Schuldners widersprechen würde. Denn zu den Voraussetzungen gehört nicht, daß der Eigentümer im Verzug ist, daß er also Schuldner ist, sondern daß nur „ihm gegenüber" die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt. Sollen aber die Verzugsvoraussetzungen vorliegen (§§ 284, 285 BGB.), so muß eine fällige Schuld vorhanden sein. Diesem Erfordernis entspricht hier die fällige Gläubigerschuld. Als deren passives Subjekt wird hier vom Gesetze der Eigentümer angesehen, obwohl in Wahrheit ein passives Subjekt nicht vorhanden ist.

Der Eigentümer gilt damit gewissermaßen als Repräsentant des nicht vorhandenen Schuldners. Folglich kann er gemahnt werden und sein verschuldetes Nichtleisten trotz der Mahnung zeitigt deshalb Rechtsfolgen. Es tritt jedoch nur eine Rechtsfolge ein, nämlich das Recht des Gläubigers auf Verzugszinsen. Die übrigen Rechtsfolgen, die sonst der Tat-

---

das aber für den alleinigen Inhalt des Rechtes, so müßte die „Befriedigung" des Gläubigers auf freiwilligem Wege (§ 1142 Abs. 1, § 1192 Abs. 1) zu untergeordneter Bedeutung herabsinken, und es würde, weil meist freiwillige Befriedigung erfolgt, der Inhalt des Rechtes überhaupt nicht zur Entfaltung kommen (vgl. auch v. Schwind a. a. O. S. 105), indem dann nicht „aus dem Grundstück" gezahlt ist.

bestand des Verzugs mit sich bringt (§§ 286 ff. BGB.), treten deshalb nicht ein, weil der Eigentümer eben nicht Schuldner ist, und es unbillig wäre, wo man ihn nur gleichsam als Schuldner betrachtet, dort dennoch auch alle Rechtsfolgen eintreten zu lassen, zu deren Voraussetzungen das Vorhandensein eines wirklichen Schuldners gehört.

Für diese Rechtsfolge also, die auf der vorhandenen Gläubigerschuld basiert, steht das Grundstück ein. Denn die Haftung bietet ja auch Garantie dafür, daß der Gläubiger das, was er bekommen soll, so bekommt, wie es der Schuld entspricht, d. h. auch zu der Zeit bekommt, die bei der Rechtsbegründung ausgemacht war. Bekommt er die Leistung daher nicht zu dieser Zeit, so sorgt die Haftung auch insoweit für Ersatz. Dem Gläubiger „gebühren Verzugszinsen aus dem Grundstück" heißt daher: der Gläubiger kann durch Verwirklichung der Grundstückshaftung auch dafür Ersatz sich verschaffen, daß er die Geldsumme nicht zur rechten Zeit bekommen hat, und zwar Ersatz in dem Umfange, wie das Gesetz es vorschreibt (Verzugszinsen).

Wird also mit Hilfe einer gesetzlichen Fiktion des Eigentümers zum Schuldner die Sachhaftung auf die genannte Verzugsfolge ausgedehnt, so erscheint das aus Zweckmäßigkeitsgründen erklärlich. Denn es soll dem Interesse des Gläubigers gedient werden, ohne daß das Interesse des Eigentümers Einbuße erleidet. Andererseits aber ist die „Fiktion" als solche rechtlich begründet, wenn man den Eigentümer als Repräsentant des bei der Gläubigerschuld fehlenden Schuldners, als Subjekt des Leistensollens betrachtet, welches bei der Gläubigerschuld nicht vorhanden ist.

In diesem Sinne sind auch die Bestimmungen zu deuten, nach denen die Vorschriften über den Nießbrauch und das Pfandrecht an einer Forderung auch für den Nießbrauch und das Pfandrecht an einer Grundschuld gelten (vgl. §§ 1080, 1291 BGB.). Denn nach ihnen ist analog dem § 1241 Abs. 1 (§ 1192 Abs. 1) der Eigentümer wie ein Schuldner anzusehen, wenn auch hier lediglich in formeller Hinsicht.

Die Gläubigerschuld bietet ebenfalls eine geeignete Grundlage für das Recht auf Zinsen des Grundschuldkapitals (§ 1192 Abs. 2: „Für Zinsen der Grundschuld gelten die Vorschriften

über die Zinsen einer Hypothekenforderung"); vgl. auch § 1191 Abs. 2 BGB.

Wenn die Grundschuld schließlich in der Form eines Inhaberbriefes wie eine Inhaberschuldverschreibung zirkuliert, auf welchen Brief auch die Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung finden (§ 1195 BGB.), so befriedigt auch hier wieder die Operation mit der Gläubigerschuld. Eine entsprechende Anwendung für Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber ist jedenfalls, ebenso wie die aufgeführten Besonderheiten, eher mit der hier befürworteten Grundschuldkonstruktion zu rechtfertigen als mit der Vorstellung der Grundschuld als eines rein dinglichen Rechtes.

Denn der Gedanke, daß der Inhaber eines Grundschuldbriefes n u r ein dingliches Recht an dem Grundstück den Inhalt seines Rechts nennt, vermöge dessen er die bestimmte Geldsumme durch Zugriff auf das Grundstück sich beschaffen kann, ist nicht in dem Maße einleuchtend, wie die Auffassung, daß der Gläubiger die Geldsumme auch rechtlich bekommen soll, daß er in diesem Sinne „Gläubiger" der Geldsumme ist.

Zudem enthält die Behauptung, die Grundschuld als ein rein dingliches Recht am Grundstück (das meist Pfandrecht genannt wird) habe „Ähnlichkeit" mit einer Geldforderung,[11]) eine Begründung gesetzlicher Besonderheiten, die außerhalb der Konstruktion liegt, weshalb schon eine Konstruktion, die an dieser Stelle selbst zu erklären vermag, den Vorzug verdient.

Aber auch dem Z w e c k e der Grundschuld entspricht die im vorstehenden verteidigte Konstruktion.

Denn es wurde bereits ausgeführt, der Zweck der Grundschuld bestünde darin, daß der Gläubiger Geld schlechthin bekommen, nicht aber daß er es nur durch Zugriff auf das Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung erhalten soll (vgl. Kap. I S. 7 ff.). Das sei vielmehr nur letztes Mittel zum Zweck.

Dem entspricht aber gerade die konstruktive Auffassung,

11) Vgl. z. B. Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, S. 430, insbesondere zur Erklärung der Verzugszinsen; vgl. auch Mot. III S. 780; Planck III S. 517, Vorbem. 3 zum 8. Abschn.; Schuster, Diss., S. 18, 19.

daß der Gläubiger die Grundschuldsumme „bekommen soll“ und der Zugriff auf das haftende Grundstück dieses Bekommensollen sichert, in der Weise, daß schließlich durch Haftungsverwirklichung die ihm zustehende Geldsumme (begrifflich als „Ersatz“) verschafft wird.

Schließlich läßt sich auch mit Hilfe der Auffassung der Grundschuld als einem einheitlichen, aus Schuld und Haftung zusammengesetzten Rechte ihre Selbständigkeit vertreten (vgl. Kap. I S. 10).

Hatte ich nun bisher die reine Sachhaftung als dinglich e Sachhaftung bezeichnet, so ist noch darauf hinzuweisen, daß hier, was das Wesen der „Dinglichkeit“ betrifft, mit der herrschenden Meinung übereingestimmt wird.

Die herrschende Meinung versteht unter einem dinglichen Rechte oder Sachenrechte die unmittelbare Herrschaft der Person über eine Sache.[12]) Dieser Begriff verlangt jedoch nicht, daß man unter unmittelbarer Herrschaft sich nur das Recht zur körperlichen Einwirkung auf die Sache vorstellt, und daß die Bezeichnung „unmittelbar“ einen Besitz der Sache verlangt (so Fuchs: GBO. S. 29).

Eine unmittelbare Herrschaft über die Sache läßt sich vielmehr außer der Vorstellung der körperlichen Einwirkungsmöglichkeit, in deren Begriffe das jederzeitige Tun-Können liegt, auch mehr oder weniger vergeistigt denken. Denn eine Herrschaft über die Sache ist schon vorhanden, wenn der Herrschende, zwar nicht greifbar, auf die Sache jederzeit ein-

12) Vgl. Endemann (1905) Sachenrecht S. 7 ff.; Planck III S. 8 ff.; Enneccerus-Lehmann (1901) S. 5; Dernburg Bd. III S. 216 ff. (mit Einschränkungen); Maenner S. 3 ff.; Motive III S. 2; Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 598; Kretzschmar S. 1, die unmittelbare „Rechtsbeziehung“ einer Person zur Sache; Matthiaß S. 421; Cosack Bd. II, Sachenrecht, S. 2; v. Staudinger Bd. III S. 1; Predari, Grundbuchordnung, S. 216; Bruck, Eigentümerhypothek, S. 148, 149; Staub, Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 5 S. 13; Gerber, System des deutschen Privatrechtes, S. 107; Bendix Bd. II S. 569; v. Turnau-Förster S. 1, 2; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, S. 2; Landsberg, BGB., 2. Hälfte, S. 578; Biermann, Sachenrecht, S. 2; Siber, Rechtszwang, S. 99 ff. (Der Eingriff in die Sachherrschaft begründe jedoch kein subjektives Recht auf Unterlassung, sondern sei „schlechthin“ verboten. Der dingliche Berechtigte habe daher nur die Befugnis, das „Verbotsgesetz“ geltend zu machen.)

wirken kann, wohl aber seinen Herrschaftswillen mit unmittelbarer Wirkung (nicht mittelbar über eine Person hinweg) künftig gegen die Sache und damit deren Rechtslage zu betätigen vermag, wenn auch z. B. nur unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Grenzen. In diesem Sinne drückt Staub (a. a. O. S. 13) die unmittelbare Sachherrschaft als das Recht aus, das „rechtliche Schicksal der Sache zu bestimmen".

Gegenwärtig braucht und kann solche Sachherrschaft gar nicht immer wahrgenommen werden und doch ist zuzugeben, daß sie existiert.

Dergestalt erscheint die unmittelbare Sachherrschaft oder die Zugriffsmacht des Grundschuldgläubigers gegen das haftende Grundstück.

Ist sie vor ihrer Ausübung äußerlich nie erkennbar, so ist sie gleichwohl vorhanden, durch dinglichen Vertrag begründet. Und infolge ihres Vorhandenseins hat sie auch absolute Wirkung (vgl. §§ 1192 Abs. 1, 1133—1135 BGB.).

Ich vermag nicht, der Ansicht v. Schwerins[13]) eine Berechtigung zuzusprechen, das Haftungsrecht am Grundstück sei nicht dinglich „solange die Zugriffsmacht noch nicht existent geworden ist". Bis dahin sei nur eine absolute Wirkung des (folglich noch nicht dinglichen) Rechtes vorhanden.

v. Schwerin legt den Schwerpunkt der Dinglichkeit auf das momentane Einwirkenkönnen, wie es sonst durch den Besitz der Sache bedingt ist. Entweder muß man aber überhaupt den Begriff der Dinglichkeit auf solche Sachherrschaft beschränken, die gleichzeitig mit dem Besitz verknüpft ist, oder aber man muß sie auch bei nicht mit Besitz verbundenen Rechten, wie der Grundschuld, von der Entstehung des Rechtes an als vorhanden betrachten. Hier ist eben zwischen Recht und Ausübung des Rechts zu unterscheiden. Die Zugriffsmacht ist zunächst ruhend vorhanden. Erst unter bestimmten Voraussetzungen lebt sie auf und wird ausübbar. Das vorhandene, wenn auch noch vorläufig ruhende dingliche Recht hat, weil es vorhanden ist, absolute Wirkung. Und nur vorhandene dingliche Rechte können

13) Schuld und Haftung S. 27, 28.

absolute Wirkung haben, nicht aber auch künftige dingliche Rechte, die gleichwohl schon Sachhaftungsrechte sind, die Dinglichkeit aber als besondere Eigenschaft erst erhalten, wenn sie verwirklicht werden.

Das dingliche in der Grundschuld enthaltene Sachherrschaftsrecht vermag nun noch genauer als Pfandrecht präzisiert zu werden.

Es läßt sich nämlich erkennen, daß drei wesentliche Momente ihm innewohnen: Es dient zur Sicherung einer Schuld und ist, wenn auch begrifflich selbständig, so doch tatsächlich (sogar völlig) von ihr abhängig. Es gewährt dem Berechtigten die Macht, die Zwangsveräußerung des Haftungsobjektes zu bewirken und den ihm gebührenden Teil des Erlöses sich anzueignen.[14])

Die „Veräußerungsmacht" steht dem Gläubiger zu und er betätigt auch diese Macht, wiewohl es den Anschein hat, als sei das Gericht der Veräußerer. Dieses unterstützt ihn nur

---

14) Nach Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, vgl. besonders § 6, sind die „geltstrebende" Befugnis (vor allem die Veräußerungsbefugnis, ferner die Einziehungsbefugnis und auch die Nutzungsbefugnis) und das Erlösaneignungs- (bzw. Wegnahme-)recht die wesentlichen Befugnisse des Pfandrechtes. Das Pfandrecht des BGB. ist nach ihm ein einheitliches Recht, weil Fahrnis- (und Rechts-)Pfandrecht und Hypothek, Grund- und Rentenschuld diese Befugnisse als wesentlichen Inhalt aufweisen. Puntschart, Grundschuldbegr., S. 92, 93, spricht von einem Verkaufsrecht und einem Recht auf Aneignung des entsprechenden Teiles des erlösten Preises bei der Grundschuld, welche Auffassung in der Literatur vertreten werde. Nach Schneider, Diss., S. 17, sind Verwertungsbefugnis und Liquidationsbefugnis (Aneignungsrecht) die Befugnisse des Hypotheken- und Grundstücksgläubigers (mit dieser Ansicht folgt er Hirsch im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 222 ff.). Für das gemeine Recht vgl. Bremer, Hypoth. u. Grundsch. Die Grundschuld sei ein Recht auf Verwertung und Aneignung des Erlöses. Ders., Pfandrecht und Pfandobjekt, S. 72, unter Hervorhebung des Aneignungsrechts des Vermögenswertes zu dem entsprechenden Teil; Exner, Krit. d. Pfandrechtsbegriffes: Die Energie des dinglichen Sachenpfandrechts gipfle in der Aneignung eines Teiles des Tauschwertes. Das Erlösaneignungsrecht seine eine „akute Phase" des Pfandrechts. Nach Predari a. a. O. S. 217 ist die Grundschuld „das dingliche Recht auf Aneignung des im Verfahren der Zwangsvollstreckung ermittelten Wertes des Grundstückes in bestimmter Höhe". Landsberg a. a. O. betont bei der Grundschuld das Veräußerungsrecht und das Recht der Aneignung der Einkünfte des Grundstückes, vgl. S. 580 ff., 735 ff.

und muß ihn unterstützen aus allgemeinen Zweckmäßigkeitsgründen. Daher wird die materiell vorhandene Eigenmacht des Gläubigers in formelle Schranken gedämmt. Auch der Schuldner veräußert nicht. Denn er gibt nicht die Initiative. Da diese vielmehr der Gläubiger gibt, so läßt sich schon daraus erkennen, daß er der Veräußernde ist (vgl. Hirsch S. 336 ff. und die Literatur in Anm. 4 dortselbst; vgl. auch besonders Enneccerus-Kipp-Wolff: BGB., Sachenrecht, S. 433).

Ein „Erlösaneignungsrecht" als die andere wesentliche Befugnis vermag trotz der Gegengründe Heinsheimers (Krit. Vierteljahrsschrift XIII, 4 S. 476 ff.) mit Hirsch (a. a. O. § 18) anerkannt zu werden. Es ist allerdings „schwer zu erkennen", weil der Erlös erst an das Gericht geht (Hirsch S. 421). Dieses gibt dem Pfandgläubiger, zu dem es, wie auch zu dem Subhastaten, nicht in privatrechtlichen Beziehungen steht, die Möglichkeit zur Aneignung. Dahin ist der Ausdruck „Zahlung" des Gerichtes an den Gläubiger (ZwVG. § 117 Abs. 1) zu verstehen, nicht aber als privatrechtliche Besitz- (resp. Eigentums-) Übertragung (so Heinsheimer a. a. O. S. 483). Das Gericht soll, wie Hirsch überzeugend bemerkt, die „willkürliche" Eigenmacht verhindern. Daher wird die Eigenmacht formell eingeengt. Es soll kein „Wettaneignen" der Berechtigten stattfinden. Daher findet eine Reihenfolge des Aneignens auf Grund des Teilungsplanes statt. Weil aber die Beteiligten vor dessen Aufstellung zu hören sind (§ 113 Abs. 1 ZwVG.), so ist hierin die Eigenmacht sichtbar und gesetzlich anerkannt (vgl. Hirsch a. a. O. S. 421).

Die genannten wesentlichen Eigenschaften enthält aber auch das vom Gesetz ausdrücklich so benannte „Pfandrecht" an beweglichen Sachen und Rechten.[15]) Das BGB.

15) Daß prinzipiell ein Aneignungsrecht als wesentlicher Bestandteil des Fahrnis- und Rechtspfandrechtes anzunehmen ist: Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen S. 360: „Das Aneignungsrecht ist ein Ausfluß des Pfandrechtes. Es muß sogar als zur Durchführung der prinzipiellen Wirkungen des Pfandrechtes erforderliches Recht dessen notwendiger Bestandteil sein". Vgl. besonders Hirsch a. a. O. § 6, 18: Bei dem Pfandrecht an Ansprüchen hat die Veräußerungsbefugnis freilich die Gestalt einer Einziehungsbefugnis. Beide Befugnisse sind jedoch ihrem Kerne nach gleich als „geldstrebende Befugnisse" (wie Hirsch sie nennt). Das Pfandrecht am Recht ist meines Erachtens ebensowohl als dingliches Recht wie das Pfandrecht an Sachen

hat nun zwar die Aufstellung eines einheitlichen Pfandrechtsbegriffes vermieden. Soweit es den Begriff „Pfandrecht" braucht, braucht es ihn in Beziehung auf ein bestimmtes Pfandobjekt. Bedingt nun zwar die Verschiedenheit des Pfandobjektes, wie die der beweglichen Sache und des der Sache gleichgestellten Rechtes eine gewisse Divergenz im rechtlichen Inhalte, so ist diese jedoch nicht wesentlich für den Pfandrechtsbegriff selbst. Denn da der wesentliche Inhalt des Pfandrechts an einer beweglichen Sache derselbe ist wie der des Pfandrechts an Rechten, so läßt sich der Pfandrechtsbegriff dann vollends einheitlich denken, wenn auch die unbewegliche Sache als Objekt eines Rechtes von derselben wesentlichen Qualität vorgestellt zu werden vermag, wobei es m. E. ohne Belang ist, ob es einfach oder mit noch einem anderen Rechte zusammengesetzt erscheint. Diese Vorstellung aber ist möglich, weil bei der Grundschuld (Rentenschuld) und auch der Hypothek, wie später noch ausgeführt werden wird, das in ihr enthaltene dingliche Sachhaftungsrecht dieselben wesentlichen Merkmale enthält wie das Haftungsrecht, welches bewegliche Sachen und Rechte ergreift.

Es erscheint demnach gerechtfertigt, für das BGB. einen einheitlichen Pfandrechtsbegriff anzunehmen (was in Beziehung auf die Hypothek noch nachzuweisen sein wird) und das in der Grundschuld enthaltene dingliche Sachhaftungsrecht als Pfandrecht zu bezeichnen. Dem steht jedenfalls nicht entgegen, daß das dingliche Haftungsrecht bei unbeweglichen Sachen, wie hier bei der Grundschuld, mit einer Gläubigerschuld zu einem gemeinsamen rechtlichen Oberbegriffe zusammengesetzt erscheint. Denn begrifflich bleibt es trotzdem ein selbständiges Recht.

Einen einheitlichen Pfandrechtsbegriff im modernen Recht trotz Verschiedenheit des Objekts nehmen jetzt an: Dernburg, Sachenrecht, S. 679 ff., § 206 IV, der einheitliche Pfandrechtsbegriff sei die „Befugnis, wonach ein Vermögensgegenstand für eine Schuld (ein Bekommen- und Leisten-

aufzufassen. Denn es enthält, wie seine wesentlichen Befugnisse zeigen, eine Herrschaft über das der Sache gleichbehandelte Recht. A. M. Hirsch S. 319 ff. (vom Standpunkte seiner „Vervielfältigungstheorie" aus).

sollen) verhaftet ist, um ihrer Befriedigung zu dienen". Enthält nach Dernburg die Grundschuld eine Schuld (ein Leistensollen des Eigentümers), so faßt er diese mit dem Haftungsrecht zu dem Begriffe „Pfandrecht" zusammen. Indes dürfte es m. E. begrifflich korrekter sein, das Haftungsrecht für sich allein als Pfandrecht darzustellen. v. Schwind, a. a. O. S. 197, das Wesen des Pfandrechts sei „Sachhaftung für eine Schuld". Haftungsobjekte könnten körperliche Sachen oder Rechte sein, insbesondere könne die Art der Durchsetzung das Wesen des Pfandrechtes nicht berühren (vgl. auch S. 192 ff., S. 195). Bruck, Eigentümerhypothek, S. 150, 151. Zum Inhalt des Pfandrechtes gehöre neben der Verwertungsbefugnis die gleichartige Gebundenheit verschiedener Pfandobjekte, kraft welcher diese dem Gläubiger für eine Schuld einständen. Vgl. ferner Endemann, II, 1: Sachenrecht 1900, §§ 112, 114; Crome, System des bürgerl. Rechts, § 460; Eichhorn, in DJZ. 1898, S. 315 ff.; Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, insbesondere § 6. Als Gegner dieser Ansichten ist Krückmann zu nennen, Arch. f. d. zivil. Prax. 103 S. 306, 334.

Was weiter den wesentlichen Inhalt des Pfandrechtes betrifft, so scheint es zudem geboten, entgegen der Ansicht von Hirsch, der das Sicherungsmoment nicht als charakteristisches Merkmal des Pfandrechtes betrachtet, obwohl er zugibt, daß er rechtlich eine Rolle spiele (S. 236), den rechtlichen (nicht nur wirtschaftlichen) Sicherungscharakter als dazu gehörig betrachten zu sollen. Das rechtfertigt dessen Bedeutung beim Fahrnis- und Rechtspfandrecht. Denn in diesen Instituten, aus denen m. E. allein der Pfandrechtsbegriff des Gesetzes zu entnehmen ist, weil hier das Gesetz ausdrücklich „Pfandrechte" begrifflich entwickelt, kann der Sicherungscharakter gar nicht weggedacht werden, ohne daß damit auch der Begriff „Pfandrecht" zerstört wird.[16]) Und auch die

16) Von den letztgenannten Schriftstellern, die die Einheit des Pfandrechts betonen, heben das Sicherungsmoment, als zum Inhalt des Begriffes gehörend, hervor: Dernburg a. a. O., v. Schwind a. a. O. und Bruck a. a. O.; vgl. ferner Kluger, Die Obligation als Voraussetzung des Pfandrechts, S. 7 ff.: Die „Obligation" sei immer Voraussetzung des Pfandrechts. Nur die Grundschuld bilde eine Ausnahme. — Solange man freilich die „Obligation" nicht

Auffassung des Pfandrechtes als (Sach-)Haftungsrecht, kann sich den Begriff Pfandrecht ohne den hierfür wesentlichen Sicherungscharakter gar nicht denken. Denn jede Haftung erfordert auch ein für ihre Existenz entscheidendes „Wofür" der Haftung.

Ist aber bei der Grundschuld [17]) eigentümlich, daß das Pfandrecht am Grundstück und die Schuld, die es sichert, nach außen hin zu einem einzigen Begriffe unter dem Namen „Grundschuld" zusammengefaßt sind, so können sie auch nur zusammen entstehen, bestehen und erlöschen. Die rechtliche Beziehung von Schuld und Pfandhaftung ist also nicht bloß vorhanden, sondern sogar noch intensiver ausgebildet, als beim Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten. Denn dort, wo die beiden Begriffe nach außen hin für sich unterschieden auftreten, kann das Pfandrecht daher auch für eine künftige, oder bedingte Forderung (Schuld, wofür der Schuldner auch persönlich haftet) bestellt werden (vgl. §§ 1204 Abs. 2, 1273).

Erscheint also nach dem Angeführten das Zugriffsrecht des Grundschuldgläubigers als Pfandrecht, so ist insbesondere darauf hinzuweisen, daß dieses, was schon aus dem Charakter der Sachhaftung folgt, nur ein Gestaltungsrecht sein kann.[18])

Formell wendet sich zwar das Zugriffsrecht bei der Haftungsverwirklichung gegen den Eigentümer, denn das Grundstück ist ja keine Rechtsperson. Materiell aber wendet es sich nur gegen die Sache, nicht aber gegen eine Person. Gegen eine Person wendet sich materiell nur der „Anspruch".

Der Eigentümer muß zwar die Zwangsvollstreckung „dulden". Wäre er indessen zur Duldung „verpflichtet", so müßte er folglich auch durch Geldstrafe oder Haft zur Duldung

---

in Schuld und Haftung begrifflich zerlegt und in der Grundschuld eine „Schuld" erblickt, muß die Grundschuld immer eine nicht zu erklärende Ausnahme bleiben.

17) Das wird für die Hypothek, wie bereits angedeutet, noch nachzuweisen versucht werden.

18) Vgl. bsonders Hirsch a. a. O. S. 233, 422.

angehalten werden können.[19]) Das geschieht jedoch nicht bei der Pfandrechtsverwirklichung, weil der Widerstand des Eigentümers völlig gleichgültig ist.[20])

Geht dennoch das Urteil auf „Duldung" der Zwangsvollstreckung, so ist das nur eine praktisch verwertbare Form der Sanktion der ausübbaren Haftungsverwirklichung gegen die Sache ihrem Eigentümer gegenüber,[21]) weshalb auch die Duldungsklage nur diese Sanktion vom Gericht begehrt und begehren kann.

Materiell verleiht das Pfandrecht dem Gläubiger Eigenmacht, die vorhanden sein muß, bis er seinen Zweck mit Hilfe des Rechts erreicht hat. Deshalb ist auch das Recht an dem Erlös ein Aneignungsrecht. Nur kraft öffentlichen Rechts kann der Gläubiger vom Gericht verlangen, daß es ihm Gelegenheit zur Betätigung des Aneignungsrechts gibt. Ein privatrechtlicher Anspruch indessen gegen das Gericht auf Auszahlung des Erlöses besteht nicht.[22])

Erscheint mithin das in der Grundschuld enthaltene Pfandrecht als ein Gestaltungsrecht und die Veräußerungs- und Erlösaneignungsbefugnis als seine gestaltenden Befugnisse, so sind diese Befugnisse aber m. E. nicht inhaltlich identisch mit dem privaten Veräußerungsrecht des Eigentümers und seinem Recht auf Wegnahme des Überlöses (Besitzergreifung des durch Surrogation in sein Eigentum übergegangenen Erlöses, soweit dieser von Pfandrechten befreit ist, kraft Eigentums). Diese Auffassung soll im folgenden kurz begründet werden, da sie von Bedeutung ist für die später vorzunehmende Untersuchung über das Wesen der dem „Eigentümer zustehenden" Grundschuld.

19) Vgl. Hirsch a. a. O. S. 432, 33; vgl. dazu die Literaturübersicht S. 459, 60: Die meisten Schriftsteller nehmen einen Anspruch auf „Duldung" an, weshalb sie auch die Klage aus der Grundschuld (resp. Rentenschuld und Hypothek) für eine „Leistungs"-Klage halten; vgl. auch die Literatur bei Gierke, DPR., S. 855 Anm. 16.

20) Hirsch a. a. O. S. 432, 433.

21) Also „Feststellungsurteil"; so Hirsch a. a. O. S. 453 ff., 458/59; Gierke, Deutsches Privatr., S. 855; Dernburg S. 788.

22) Vgl. Fischer-Schäfer, Zwangsvollstreckung, S. 329 b.

Die begrenzten dinglichen Rechte an einer Sache, die ja eine begrenzte Sachherrschaft gewähren, werden von dem Eigentümer als dem Inhaber der unbegrenzten Herrschaft über seine Sache an dieser Sache begründet. Daher liegt der Gedanke nahe, daß diese Rechte ganz oder ihren Bestandteilen nach (soweit sie aus Bestandteilen bestehen) inhaltlich bereits im Eigentum enthalten sind, da sie sich aus der Eigentumssachherrschaft herleiten.

Nach der „Teilungstheorie“[23]) entsteht das begrenzte dingliche Recht durch „qualitative“ Teilung des Eigentums. Das Eigentum sei nicht eine „Summe“ von Befugnissen, sondern vielmehr eine „Gesamtheit“. Da die Gesamtheit unabhängig bestehe von ihren Bestandteilen, so könne ein Bestandteil ausgeschieden werden, ohne daß die Gesamtheit sich verringere.[24])

Da indessen bei solcher Herleitung, z. B. der Pfandrechtsbefugnisse aus dem Eigentum die Eigenart nicht genügend erklärt zu werden vermag,[25]) daß der Eigentümer beliebig viele Pfandrechte an seiner Sache zu begründen vermag und auch noch andere Gründe, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, gegen die Teilungstheorie sprechen, so ist diese Vorstellungsweise abzulehnen.

Aber auch „die Vervielfältigungstheorie“, die Hirsch nachdrücklich vertritt, vermag nicht zu befriedigen.

Die begrenzten dinglichen Rechte entstehen hier nicht durch „Teilung“, sondern durch „Verdoppelung“ von Eigentumsbefugnissen, nicht durch Übertragung schlechthin, sondern durch Übertragung der „Ausübung“.[26])

Die Übertragung der Ausübung erklärt freilich die Eigenart, daß z. B. Pfandrechte beliebig oft begründet werden können. Sie bedingt aber, wie die qualitative Teilung eine inhaltliche Identität zwischen den wirklichen Eigentumsbefugnissen und den Befugnissen, die durch Übertragung der Aus-

23) Besonders Krückmann im Arch. f. die ziv. Prax., Bd. 103 S. 139 bis 384. Dagegen Hirsch a. a. O. S. 104 ff.; Heinsheimer a. a. O. S. 485, 486; Güthe in Ztschr. d. Notarvereins 11. Jahrg. Heft 10 S. 726.

24) Vgl. Krückmann a. a. O. S. 314, 325 ff.

25) Vgl. Hirsch gegen Krückmann a. a. O. S. 205, 206.

26) Hirsch a. a. O. S. 212 ff., für die Pfandrechte: § 6.

übung der wirklichen Eigentumsbefugnisse entstanden sind und sich „kraft Gesetzes zu einem selbständigen Rechte konstituiert haben".

Der Pfandgläubiger darf „sich ebenso verhalten", wie der Eigentümer, was die Veräußerung des Grundstücks und die Wegnahme (Besitzergreifung) des Erlöses anbetrifft. Nur muß und darf er kraft gesetzlicher Vorschrift das Veräußerungsrecht in der Form des Vollstreckungsverfahrens und das Erlöswegnahmerecht dem besonderen Range nach in der Reihe der übrigen Pfandgläubiger ausüben. Das Erlöswegnahmerecht wird zugleich in seiner Person zu einem Aneignungsrecht mit folgendem Eigentumserwerb infolge der Übertragung der Eigentumsausübung an dem künftig dem Grundstück surrogierten Erlös.[27]) Der Rang ist nur ein „accidentale" des Aneignungsrechts.[28]) Er gehört nicht zum Inhalt des Rechts.[29]) Hirsch geht bei dieser Auffassung aber nur von dem „schlechteren" Rang aus. Der sei eine Folge der Ausschlußkraft des vorhergehenden Rechts. Nicht berücksichtigt er auch, daß das vorgehende Recht andererseits einen „besseren" Rang als das nachstehende hat.

Daß die Zwangsveräußerung von der privaten Veräußerung jedoch nur der Form nach und der Rang des Aneignungsrechts nicht zum Inhalte des Rechts gehört, daß folglich die Pfandrechtsbefugnisse, insbesondere die Befugnisse des in der Grundschuld enthaltenen Pfandrechts besonders geartete Befugnisse sind, die inhaltlich keine Berührungspunkte mit Eigentumsbefugnissen haben, dagegen vermögen stichhaltige Gründe angeführt zu werden.

Die Zwangsveräußerungsbefugnis des Pfandgläubigers wird von Hirsch[30]) „geldstrebende" Befugnis genannt. Diese Charakterisierung trifft für die Zwangsveräußerungsbefugnis allerdings zu. Deren Zweck geht nur auf Geld. Deshalb verbindet sie sich auch mit dem Erlösaneignungsrecht. Ist aber die mit ihr nach Hirsch identische private Veräußerungsmacht

27) a. a. O. § 6.
28) a. a. O. S. 35.
29) a. a. O.
30) Vgl. S. 231, 232 a. a. O.

des Eigentümers eine ebensolche „geldstrebende“ Befugnis? Man denke an eine unentgeltliche Veräußerung auf Grund eines Schenkungsgeschäfts. Soll dennoch die private Veräußerungsmacht nur und allein den Zweck haben, dem Eigentümer Geld zu verschaffen? Daß muß sie aber gleichwohl haben, wenn sie inhaltlich mit der Zwangsveräußerungsmacht sich decken soll.

Das „Geldstreben“ der Zwangsveräußerungsbefugnis als eines wesentlichen Bestandteiles des Pfandrechts kommt außerdem zum Ausdruck in der gesetzlichen Surrogation. Ist der Erlös noch nicht an das Gericht gezahlt, so surrogiert zunächst eine Geldforderung des Subhastaten gegen den Ersteher. (ZwVG. §§ 61, 3; 118, 1; 128, 1; 132; 134.) An dieser setzen sich die am Grundstück erloschenen Pfandrechte fort (vgl. Hirsch S. 377, 378). Die Pfandgläubiger werden nun in Ansehung ihres Forderungspfandrechts dadurch befriedigt, daß ihnen der entsprechende Teil der haftenden Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher vom Gerichte übertragen wird. Für den übertragenen Teil der Forderung aber ist eine Sicherungshypothek an dem Grundstück des neuen Eigentümers einzutragen, damit auf jeden Fall das Ziel, das Geld, erreicht werde (§ 128, 1 ZwVG.).

Bei der privaten Veräußerung hingegen tritt nicht eine durch Sicherungshypothek zu sichernde Geldforderung anstelle des veräußerten Grundstücks. Weil ihm also die Wandlungsfähigkeit fehlt, ist das private Veräußerungsrecht, wenn es — was allein in Frage kommt — auf entgeltlichem Verpflichtungsgeschäft beruht, inhaltlich in ganz anderem Sinne „geldstrebend“, als das Recht zur Zwangsveräußerung. Dazu kommt vollends, daß dann aus dem Recht auch bereits eine Pflicht geworden, und damit dem umgewandelten Recht erst eine gewisse geldstrebende Art verliehen worden ist. Das private Recht der Veräußerung an sich enthält also überhaupt nicht den Charakter eines seinem Zwecke nach auf Geld gerichteten Rechts.

Ferner darf kraft Gesetzes der Pfandgläubiger die ihm durch Rechtsgeschäft übertragene private Veräußerungsbefugnis vor Fälligkeit der Forderung bzw. des Grundschuldkapitals, immer nur im Wege der Zwangsvollstreckung durchführen.

Das bedeutet nach Hirsch aber nur eine gesetzlich festgelegte Form der Ausübung.[31]) Die kann nun durch Rechtsgeschäft nach Fälligkeit der Forderung bzw. des Grundstückskapitals beseitigt werden (§§ 1192, I; 1149; 185 BGB.), und der Gläubiger darf nunmehr das Grundstück auf privatem Wege veräußern. Welche Wirkung hat nun aber diese private Veräußerung gegenüber der Zwangsveräußerung? Eine grundsätzlich andere. Denn im Falle der privaten Veräußerung bleiben sämtliche Grundstücksbelastungen bestehen.[32])

Die Zwangsveräußerung hingegen bedeutet einen „Wertliquidationsakt".[33]) Daraus folgt, daß privates und Zwangsveräußerungsrecht auch ihrem Inhalte nach verschieden sind.

Aber auch das Erlösaneignungsrecht des Pfandgläubigers ist inhaltlich verschieden von dem Wegnahmerecht des Eigentümers am Übererlöse. Denn das Wegnahmerecht des Eigentümers richtet sich nur auf den pfandbefreiten Überschuß des Erlöses, und wird daher immer an letzter Stelle betätigt. Darin ist Hirsch auch Recht zu geben, daß die Pfandrechte immer nur die „Ausübung" des Eigentums einschränken, dem Eigentum gegenüber immer die Wirkung einer „Ausübungsschranke" besitzen.[34]) Gegen die Auffassung aber, daß der Rang der dinglichen Rechte eine kraft Gesetzes eintretende Folge der Ausschlußkraft des vorhergehenden Rechtes sei,[35]) dürften folgende Gründe von Güthe[36]) berechtigt sein: Der Rang tritt nicht immer kraft Gesetzes ein. „Es kann vielmehr gleichzeitig mit der Bestellung des Rechtes eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Rangbestimmung getroffen werden (§ 879 Abs. 3 BGB.)."

Außerdem aber ist der Rang auch nicht die notwendige Folge der Ausschlußkraft des vorgehenden Rechts. Denn einmal kann, wie erwähnt, dem später eingetragenen Rechte

31) Vgl. S. 343 a. a. O.

32) Darin sieht Heinsheimer a. a. O. S. 472 ff. mit Recht einen sachlichen Unterschied beider Veräußerungen.

33) Heinsheimer a. a. O.

34) Vgl. auch Heinsheimer a. a. O. S. 476, 486.

35) Hirsch a. a. O. S. 35.

36) Güthe in Ztschr. d. Notarvereins 1911 Heft 10 S. 128, 129.

gleichzeitig mit seiner Eintragung der Rang vor dem vor-eingetragenen Rechte zugewiesen werden. Zweitens kann mit der Ausschlußkraft des vorgehenden Rechtes höchstens der schlechtere Rang des nachstehenden Rechtes, nicht aber sein besserer Rang gegenüber den hinter ihm stehenden Rechten erklärt werden. Dieser bessere Rang kann doch nur eine dem Rechte selbst innewohnende Kraft sein".

Der Rang ist ferner, wie Güthe hervorhebt, Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs (§ 880 BGB.), weshalb der Rang zum Inhalte der dinglichen Rechte gehört. Güthe beruft sich auf die herrschende Meinung.[37])

Zu den von ihm angeführten Gegnern der herrschenden Meinung ist noch Gierke[38]) zu zählen. Zu den Anhängern rechnet ferner Emerich.[39])

Gehört demnach der Rang eines Pfandrechts zu seinem Inhalt, so ist das Erlösaneignungsrecht nicht inhaltlich dem Aneignungsrecht des Eigentümers am Übererlöse zu vergleichen.

Das Pfandrecht der Grundschuld hat daher einen anderen Inhalt als das Eigentum, soweit dieses ähnliche Befugnisse enthält.

Gleichwohl aber vermag es, wie alle begrenzten dinglichen Rechte, aus dem Eigentum hergeleitet zu werden. Diese Herleitung ist möglich, wenn man mit Heinsheimer[40]) das Eigentum auffaßt als die „Totalherrschaft", die die „Macht" enthält, „die beschränkten Rechte zu begründen".[41])

Die Grundschuld entsteht also, indem der Eigentümer sich dieser in dem Eigentum enthaltenen Macht bedient und gleichzeitig für den Gläubiger den Rechtszustand des Bekommensollens begründet.

In der Eintragung werden Pfandrecht und Gläubigerschuld zur Grundschuld zusammengefaßt.

Das Pfandrecht als Sachhaftungsrecht enthält in Gestalt

---

37) Vgl. Güthe a. a. O. S. 729.

38) Gierke, Deutsches Privatr. S. 922 Anm. 13.

39) Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen S. 28 Anm. 93, S. 74 Anm. 2.

40) a. a. O. S. 486.

41) Diese können z. T. aber auch originär entstehen, z. B. durch Ersitzung, vgl. Heinsheimer a. a. O.

seiner wesentlichen Befugnisse besonders geartete typische Pfandrechtsbefugnisse. Betätigt der Grundschuldgläubiger sein Zugriffsrecht, so „verhält“ er sich nicht wie der „Eigentümer“, sondern er verhält sich wie ein Pfandgläubiger.

Es ist noch auf den inneren Vorgang hinzuweisen, der die Voraussetzung bildet für die Ausübung des Erlösaneignungsrechts. Ist nämlich durch den Zuschlag das Grundstück in des Erstehers Eigentum übergegangen, so erlöschen grundsätzlich die Pfandrechte am Grundstück (vgl. ZwVG. § 91). Da sie indessen ihren Zweck noch nicht erreicht haben, so müssen sie weiter bestehen. Deshalb setzen sie sich fort an dem anstelle des Grundstücks surrogierten Erlöse[42]) (ZwVG. § 37 Nr. 5, §§ 90, I, 92; Mot. ZwVG. S. 263), der zur Zeit des Zuschlags an das Gericht gezahlt ist. Das Grundstückspfandrecht, oder bei der Grundschuld genauer: das mit der Gläubigerschuld verbundene Grundstückspfandrecht, ist damit Geldpfandrecht geworden, ehe die zweite Befugnis, das Erlösaneignungsrecht, betätigt zu werden vermag. Das ist freilich nur der Fall, wenn der Erlös auch zur genannten Zeit in Händen des Gerichts sich befindet. Ist er noch nicht gezahlt, so muß gleichwohl das Pfandrecht auf einen Gegenstand übergehen. Denn es kann nicht ohne Objekt weiterbestehen, nachdem es am Grundstück erloschen, d. h. sein bisheriges Objekt, das Grundstück, ihm genommen ist. Als Objekt surrogiert aber anstelle des Geldes die Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher auf Zahlung des Erlöses (ZwVG. §§ 61, III; 118, I; 128, I; 132; 134; vgl. auch Hirsch S. 377, 378 a. a. O.; auf diese Surrogation wird später noch zurückzukommen sein). Das Pfandrecht geht also hier auf die Erlösforderung über und vermag, auch wenn der Erlös im Verteilungstermin nicht gezahlt wird, bis die volle Wirkung der dann erfolgten gerichtlichen Übertragung dieser Forderung an den Gläubiger eingetreten ist (vgl. § 118 ZwVG.; Wirkung: gleich Abtretung) als Forderungspfandrecht weiter zu bestehen.

42) Hirsch bezeichnet diese Eigenart des Pfandrechts als „Wandlungsfähigkeit“, vgl. Übertragung der Rechtsausübung S. 231. Sie sei für das Pfandrecht wesentlich charakteristische Eigenschaft.

Wird der Erlös im Verteilungstermin gezahlt, so verwandelt es sich in ein Geldpfandrecht. Im Falle der anstelle der Nichtzahlung des Erlöses erfolgten gerichtlichen Übertragung der Forderung nimmt es allerdings bis zur vollen Wirkung der Abtretung schon nahezu den Charakter eines Forderungsrechts an (vgl. Hirsch a. a. O. S. 382 ff.).[43]) Das erklärt sich durch den „Schwebezustand". Ist das Pfandrecht ein Grundschuldpfandrecht, so hat folglich der Objektwechsel durch Surrogation auf das Weiterbestehen der neben dem Pfandrecht bestehenden Gläubigerschuld keinen Einfluß. Denn so lange Pfandrecht und Gläubigerschuld zusammen den Begriff „Grundschuld" bildeten, waren sie zwar in dem gemeinsamen Begriffe zusammengefaßt, gleichwohl begrifflich selbständig, aber doch in ihrem Bestehen aufeinander angewiesen. Ihre weitere gegenseitige Abhängigkeit muß daher, nachdem sie einmal begründet ist, auch weiter bestehen bleiben, wenn sie deshalb nicht mehr den gemeinsamen Begriff Grundschuld bilden, weil an die Stelle des Grundstücks ein anderes Rechtsobjekt getreten ist und der Begriff „Grundschuld" mithin nicht mehr denkbar ist. Denn dieser Begriff setzt immer ein Grundstück als Rechtsobjekt voraus.

---

43) Die Wirkung der Übertragung: Erlöschen des Pfandrechts (nach der hier vertretenen Grundschuldkonstruktion also auch der Gläubigerschuld, denn das ganze bisherige Gläubigerrecht erlischt ja), weil der Forderungspfandgläubiger (bzw. der Grundschuldgläubiger, dem die Forderung als Pfand haftet) nunmehr Forderungsgläubiger wird, tritt erst nach drei Monaten ein. Vgl. Jaeckel S. 406, 6 B a, Wolff S. 340 (hinsichtlich der nicht gestundeten Beträge), Hirsch S. 382—84; Hirsch S. 382 ff.: „Durch die Übertragung wird zunächst das Pfandrecht nur verstärkt. Der Pfandgläubiger wird infolge der „Übertragung" von der Rechtsordnung in einzelnen Beziehungen schon als Gläubiger der Forderung gegen den Ersteher behandelt. Für diese „seine" Forderung wird eine Sicherungshypothek am Grundstück eingetragen (128); er kann auf Grund dieser Forderung oder dieser Sicherungshypothek die Zwangsvollstreckung betreiben (132)." „Daß das Pfandrecht durch die ‚Übertragung' nicht sofort zur Forderung wird, ergibt sich . . . aus der Zulässigkeit und der Wirkung des einseitigen Verzichts des Pfandgläubigers ‚auf die Rechte aus der Übertragung'. Denn eine Forderung kann grundsätzlich nur durch Vertrag, nicht durch einseitigen Verzicht aufgehoben werden." „Die übertragene Forderung erlischt ferner gar nicht durch den Verzicht; sie ‚geht' vielmehr auf andere Personen ‚über' (118, II S. 4)."

Gläubigerschuld und Pfandrecht bestehen also einander bedingend weiter; sie sind nur nicht mehr in einem einheitlichen Begriffe zusammenfaßbar, weil anstelle des Grundstücks ein anderer Gegenstand haftet. —

Bedeutet nun aber nach der hier vertretenen Auffassung die Grundschuld eine mit pfandrechtlicher Sachhaftung verbundene Gläubigerschuld, so müßten eigentlich Schuld und Haftung und folglich die Grundschuld erlöschen, wenn der Gläubiger bekommen hat, was er vermöge seines Rechtes bekommen soll.

Allein die Grundschuld erlischt durch Befriedigung nur, wenn diese „aus dem Grundstück" erfolgt (§§ 1192, I; 1181, I BGB.), wenn der Gläubiger durch Haftungsverwirklichung sich Ersatz für die ausgebliebene Leistung verschafft.

Bekommt er hingegen durch anderweitige Befriedigung,[44]) was er der Grundschuld entsprechend bekommen soll, so bleibt das Recht dennoch, obgleich einredebehaftet, für ihn weiter bestehen, eine Eigentümlichkeit, die in wirtschaftlichen Gesichtspunkten in Verbindung mit dem formellen Grundbuchwesen ihre Rechtfertigung findet.

Die Möglichkeit soll einmal sein, daß die Grundschuld überhaupt ihren Zweck, die Geldzahlung erreicht. Daraus vor allem erklärt sich ihr Fortbestehen als Eigentümergrundschuld bei Rechtsvereinigung (§ 889 BGB.). Dann aber soll sie auch diesen Zweck, nachdem er einmal erreicht worden ist, ohne ihre Neubegründung, vielmehr durch Weiterbestand und mögliche Verbindung mit einem neuen Rechtssubjekt,[45]) wodurch die Einrede beseitigt wird, von neuem erreichen können. Und das ist so lange möglich und verständlich, als die Grundschuld

44) Freiwillige Zahlung des Eigentümers oder eines Dritten in Erfüllung der Grundschuld. Der Dritte kann deshalb erfüllen und damit den Gläubiger befriedigen, weil hier eine Gläubigerschuld existiert und diese Erfüllung dem allgemeinen Grundgedanken des § 267 entspricht. Wäre eine regelmäßige Schuld mit dem Eigentümer als Schuldner, i. d. Grundschuld vorhanden ist, so fände auf die Erfüllung seitens des Dritten der § 267 besondere Anwendung.

45) Durch Verzicht des Gläubigers auf Verlangen des Eigentümers nach erfolgter freiwilliger Zahlung wird die Grundschuld Grundschuld des Eigentümers (§§ 812, 1192, I, 1169, 1168, I). Der kann sie dann wieder an einen Dritten abtreten.

ihrem ganzen Inhalte nach, also auch durch Verwirklichung der Haftung, noch nicht zur Entfaltung gekommen ist.

Zu einer Eigentümergrundschuld dagegen wird die Grundschuld bei freiwilliger Zahlung an den Gläubiger nicht.[46])

Denn ist keine wirtschaftlich gesicherte persönliche Forderung vorhanden, so besteht unter dieser Voraussetzung für den Fall der freiwilligen Befriedigung des Gläubigers keine ausdrückliche Vorschrift, daß die Grundschuld hier Eigentümergrundschuld würde. Es existiert auch keine Hypothekenvorschrift, die zur analogen Anwendung herangezogen werden könnte.

Dient andererseits die Grundschuld wirtschaftlich der Sicherung einer persönlichen Forderung und ist der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt zwar durch freiwillige Zahlung an den Gläubiger zugleich die persönliche Forderung. Deren Erlöschen hat aber nicht denselben Einfluß auf die Grundschuld, wie auf die Hypothek. Denn der § 1163, I Satz 2, nach welchem die Hypothek dem Eigentümer zusteht, wenn die persönliche Forderung erlischt, ist Konsequenz der Aufnahme des Forderungssicherungszweckes der Hypothek in deren rechtlicher Natur.

Die Grundschuld bleibt folglich beim Gläubiger. Ihrer Geltendmachung steht freilich die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegen und der Eigentümer kann Verzicht verlangen. Erst durch den Verzicht wird sie zur Eigentümergrundschuld (§§ 812; 1192, I; 1169; 1168, I).

Sind aber persönliche Forderung und Eigentum getrennt und befriedigt der Eigentümer oder der persönliche Schuldner den Gläubiger (welch letzterem Falle die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person gleichsteht), so können gleichfalls die Hypothekenvorschriften keine Anwendung finden, die diese Fälle berücksichtigen. Denn sie haben die rechtliche Verknüpfung der Hypothek mit einer persönlichen Forderung zur Voraussetzung (vgl. §§ 1143; 1153; 889; 1163, I; 1164).

---

46) A. M. (ohne Begründung) Planck zu § 1163 unter 6. Damit übereinstimmend: Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, S. 448 Anm. 2.

Aus demselben Grunde finden auch die Bestimmungen keine entsprechende Anwendung, die die Fälle regeln, in denen zwar nicht an den Gläubiger gezahlt wird, aber die Forderung und damit auch die Hypothek auf den Eigentümer übergehen durch Abtretung, Erbgang oder Überweisung der Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 889, 1153). Die Grundschuld bleibt daher auch in den genannten Fällen, wo Forderung und Eigentum sich trennen, wenn auch einredebehaftet beim Gläubiger, mag sie durch Zahlung erfüllt werden oder nur die Forderung erlöschen resp. der Eigentümer die Forderung erwerben.

Da im Falle des Wegfallens des rechtlichen Grundes, z. B. durch Erlöschen der wirtschaftlich gesicherten persönlichen Forderung der Eigentümer vom Gläubiger den Verzicht auf die Grundschuld verlangen kann (§§ 1192, I; 1169), so ist noch hervorzuheben, daß die Möglichkeit eines Verzichts auf die Grundschuld der ausgeführten Konstruktion nicht im Wege steht.

Ein „Verzicht“ als solcher kann zwar immer nur gegen ein absolutes Recht gerichtet sein. Hier will der Gläubiger aber durch den „Verzicht“ schlechthin der „Grundschuld“ ledig werden. Sein Verzicht ist nicht ein Willensakt der nur das in der Grundschuld enthaltene dingliche Recht betrifft. Er bedeutet nicht nur einen Verzicht im logisch richtigen Sinne, sondern enthält noch mehr als einen bloßen Verzicht. Denn ist das dingliche Recht mit einer Gläubigerschuld zusammengesetzt und in der Grundbucheintragung gewissermaßen nach außen hin vereinheitlicht, so ist auch der Wille, der in der Verzichtserklärung seinen Ausdruck findet, ein gegen das ganze Recht gerichteter einheitlicher Wille. Er läßt sich folglich zerlegen in den Willen, auf das dingliche Haftungsrecht zu verzichten, und auf den Willen, sich der Gläubigerschuld zu begeben.

Seine Verzichtserklärung enthält nicht nur den Verzicht auf das absolute Haftungsrecht, sondern auch den damit zugleich offenbarten Willen,

nicht mehr Gläubiger der Gläubigerschuld sein zu wollen.

In diesem Sinne ist es zutreffend, von einem „Verzicht“ auf die Grundschuld zu reden.

Kapitel IV.

Kritische Darstellung der Literatur.

Von den Ansichten über die rechtliche Natur der Grundschuld soll die Reihenfolge einer kritischen Darstellung von der Konstruktion Puntscharts ausgehen, da sie die meiste Ähnlichkeit mit der hier vertretenen aufweist. Der Puntschart schen Auffassung am nächsten steht die „dingliche Schuld“ Gierkes, weil sie sich an die Schuld- und Haftungslehre anlehnt. Daran anschließend wird die Lehre der „Realobligation“ gebracht werden, die z. T. noch an die Schuld- und Haftungstheorie anknüpft und insoweit im Grunde genommen ganz enge Berührungspunkte mit der Konstruktion Gierkes besitzt, zum anderen Teil auf der Basis des Schuldbegriffes in dem heute üblichen Sinne beruht und die Grundschuld vollends zu einer besonders gearteten bloßen Obligation gestaltet. Ist damit von einer gewissen Mittellinie aus, nämlich der Auffassung der Grundschuld als eines zusammengesetzten Rechtes das eine Extrem erreicht worden, so wird ihm das andere gegenübergestellt werden. Es umfaßt die im einzelnen voneinander abweichenden Konstruktionen der Grundschuld als eines rein dinglichen „Wertrechts“ (und auch Pfandrechts) und „Wertteilrechts“ (Wertteilstheorie). —

Die Puntschartsche[1]) Grundschuldkonstruktion (vgl. Grundschuldbegriff S. 110 ff.) gleicht der hier entwickelten insofern, als die Grundschuld als aus Schuld und dinglicher Haftung zusammengesetztes Recht aufgefaßt und ein Schuldner als nicht vorhanden betrachtet wird.

Sie weicht jedoch im übrigen nicht unerheblich ab.

1) Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 110 ff.; Festschr. für v. Amira S. 166, 167.

Fehlt zwar der Schuld der Schuldner, so wird gleichwohl das Leistensollen als in der Schuld vorhanden und dem Bekommensollen des Gläubigers gegenüberstehend angesehen. Denn die Grundschuld bedeutet nach Puntschart: „eine reine vom Schuldgrunde und der Person des Schuldners losgelöste und in diesem Sinne ‚unpersönliche' Schuld, der ein reines Bekommensollen gegenübersteht" (Grundschuldbegriff S. 116).

Ein des Subjekts entbehrendes Leistensollen ist aber m. E. begrifflich abzulehnen. Das Leistensollen ist ein Rechtszustand, der notwendig mit einem Subjekt verknüpft sein muß, gerade wie der Rechtszustand des Bekommensollens ohne Gläubiger nicht denkbar ist. Dazu kommt zum Unterschied von der hier entwickelten Konstruktion, daß bei Puntschart die Schuld der Grundschuld infolge der wirtschaftlichen Anlehnung der Grundschuld bei ihrer Begründung an eine Schuld aus dieser Schuld immer erst entsteht. Sie erscheint dann mit der Sachhaftung zusammen unter dem Begriff Grundschuld durch Einigung und Eintragung als nunmehr zusammengesetztes Recht begründet.

In diesem Sinne gibt Puntschart dem § 1191 Abs. 1 BGB. folgende Fassung: „Die Schuld einer bestimmten Geldsumme — also eine im Innenverhältnis bestehende Geld„schuld", im begrifflichen Sinne einer Schuld ohne Haftung, die in Wirklichkeit ohne oder aber mit Anlehnung an eine Haftung (Geldforderung) besteht — kann unter Absehen vom Schuldgrunde und der Person des Schuldners dergestalt mit einem Grundstück in Verbindung gebracht werden, daß für ihre Bezahlung an den Gläubiger ausschließlich das Grundstück haftet. Eine solche Schuld entsteht durch Eintragung im Grundbuche und heißt Grundschuld."

Die im Innenverhältnis vorhandene Schuld geht also, wenn sie bei Begründung der Grundschuld schon existiert, in die entstehende Grundschuld über und liefert ihr somit einen wesentlichen Bestandteil.

Sie wird also zur Begründung der Grundschuld verwendet und infolge ihrer Verwendung durch die hinzutretende Sachhaftung beeinflußt im Sinne der „Abstraktion von der Person des Schuldners" und einer „Ausschaltung alles dessen, was die Berücksichtigung einer bestimmten Person

voraussetzt“ (Grundschuldbegriff S. 115). Die persönliche Haftung erlischt zugleich, wenn sie nicht ausdrücklich aufrechterhalten wird, was aber nicht zutreffend erscheint, wenn die Grundschuld zur Sicherung einer Geld„forderung“ bestellt wird. Hier müßte vielmehr die persönliche Haftung ausdrücklich ausgeschlossen werden.

Im Falle der gleichzeitigen Begründung von persönlicher Forderung und Grundschuld (nur diesen Fall kann Puntschart meinen) tritt die Schuld „schon und nur als Grundschuld ins Leben“ (S. 116).

Wie soll man sich aber nach Puntschart die Begründung der Grundschuld denken, wenn sie für eine erst künftig oder aufschiebend bedingt entstehende Geldschuld zum Zwecke der wirtschaftlichen Sicherung bestellt wird?

In solchem Falle ist ja noch keine mit persönlicher Haftung verbundene Schuld vorhanden, deren Existenz oder mindestens gleichzeitiges Entstehen doch notwendig ist zur Konstruktion der Grundschuld.

Daß es ferner Fälle gibt, in denen die Grundschuld überhaupt nicht wirtschaftlich zur Sicherung einer Geldschuld, auch nicht einer, deren Haftung fehlt, dient, bestreitet Puntschart neuerdings (vgl. Festschr. S. 166, 167). Dem ist aber m. E. nicht zuzustimmen (vgl. auch die Ausführungen bei Gierke, D. P. R. S. 909, 910). Der Fall der Abfindung eines Miterben beweist jedenfalls, daß hier auch nicht wenigstens eine „reine“ Schuld existiert.

Für solchen Ausnahmefall versagt die Konstruktion, gleichwie sie bei der Bestellung für eine künftige oder aufschiebend bedingte Schuld versagen muß. Das ist zum mindesten kein unbedenkliches Resultat. Geratener erscheint es daher, einer Konstruktion den Vorzug zu geben, die wie die hier vertretene von der natürlicheren Auffassung ausgeht, daß die Grundschuld zu ihrer Existenz nicht erst eines persönlichen Schuldverhältnisses bedarf, aus dem sie erst ihre Lebensfähigkeit schöpft. Mit Hilfe der „Gläubigerschuld“ wird zudem die begriffliche Unmöglichkeit eines in der Schuld enthaltenen subjektlosen Leistensollens vermieden, und der gesetzliche Hinweis, daß die Grundschuld keine Forderung voraus-

setzt (§ 1192, I), bedarf keiner künstlichen Auslegung (so Grundschuldbegriff S. 62).[2])

Auf der Schuld- und Haftungslehre basiert auch die Grundschuldkonstruktion Gierkes.[3]) Auch er erfaßt die Grundschuld als zusammengesetztes Recht. Neben der dinglichen pfandartigen Sachhaftung besteht eine Schuld, die indessen nicht auch, wie bei Puntschart, aus einem persönlichen Innenverhältnis hergeleitet ist.

Diese Schuld erscheint im Vergleich zu der gewöhnlichen Schuld, die Gierke stets als Gläubiger-Bekommen- und Schuldner-Leistensollen auffaßt, als ein durch das Sachenrecht ver-

2) Nach Abgabe und Approbation dieser Abhandlung ist in der Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 71 S. 297 ff., 1912, ein Aufsatz Puntscharts erschienen, der eine kritische Würdigung der angeführten Monographie v. Schwerins („Schuld und Haftung im geltenden Recht") zum Inhalt hat. Die Ausführungen Puntscharts konnten leider nicht mehr berücksichtigt werden. Im wesentlichen stimmt er v. Schwerin bei. Seine bisher von ihm vertretene Grundschuldkonstruktion vertritt er weiter, obwohl er zugibt, daß speziell die Grundschuld auch mit Hilfe der „Gläubigerschuld" vorstellbar sei: „Vom deutschrechtlichen Gesichtspunkte aus habe ich jedoch auch gegen eine Fassung, welche den Ton vollständig auf die aktive Seite legt, nichts einzuwenden. Nur vermöchte ich nicht zuzustimmen, wenn darin der Gedanke zum Ausdruck gelangen würde, daß auch außerhalb des Rahmens des Grundschuldrechts der Schuldner fehlen soll" (S. 315). Ob aber außerhalb des Rahmens des Grundschuldrechts der Schuldner fehlt oder nicht, hängt weder davon ab, daß man die Grundschuld mit Hilfe des Begriffes Gläubigerschuld sich vorstellt, noch ist andererseits diese Vorstellungsweise bedingt durch eine der Grundschuld zugrunde liegende Schuld. Bildet eine Schuld des Eigentümers das Innenverhältnis, so ist m. E. eine besondere Vereinbarung nötig, wenn die Schuld neben der Grundschuld nicht fortbestehen soll. Das gleiche gilt, wenn die Schuld zugleich mit der Grundschuld ins Leben tritt. Darin liegt eben der prinzipielle Unterschied der Grundschuldkonstruktion mit Hilfe des Begriffes Gläubigerschuld gegenüber der Puntschartschen Konstruktion, daß eine außerhalb des Grundschuldrechts existierende, der Grundschuld zugrunde liegende Schuld für die Konstruktion selbst ohne Belang ist und auch durch diese nicht berührt wird, während Puntschart, wie oben ausgeführt, ohne sie die Grundschuld nicht begrifflich darstellen kann. In Ansehung der Eigentümergrundschuld behält Puntschart seinen bisherigen Standpunkt bei (S. 313, 319). Bei der Reallast nimmt er ein „Leistensollen" des jeweiligen Eigentümers an (S. 316). Im übrigen betont er mit Recht die große Bedeutung der Schuld- und Haftungslehre für das gesamte moderne Zivilrecht.

3) D. P. R. S. 853—57.

ändertes Bekommen- und Leistensollen. Das Leistensollen ist nämlich an das Subjekt des Eigentümers geknüpft. Das bedeutet aber eine grundlegende Veränderung dieses Begriffes als eines Bestandteiles der Schuld. Denn zu dem Begriff des Leistensollens gehört, daß sein Subjekt eine bestimmte Person ist. Bei der Grundschuld ist jedoch Subjekt des Leistensollens nicht eine bestimmte Person, sondern der jeweilige Eigentümer. Da folglich der Schuldner der in der Grundschuld enthaltenen Schuld durch das Eigentum am Grundstück bestimmt wird, so mag in Wahrheit das Grundstück als die eigentliche Basis der Schuld erscheinen. So faßt es auch Gierke auf. In dieser Hinsicht kann aber nur der Eigentümer als Rechtssubjekt die fehlende Rechtspersönlichkeit des Grundstücks repräsentativ ersetzen. Der Eigentümer schuldet dann nicht schlechthin, sondern er schuldet als Vertreter seines Grundstücks. Und insofern ist bei dieser Betrachtung die Schuld eine „dingliche"; sie „lastet auf dem Grundstück und findet nur eben als Passivbestandteil des Grundvermögens im jeweiligen Eigentümer ihr Subjekt" (S. 856).

Soll der Eigentümer also leisten, so soll der Gläubiger bekommen. Insoweit aber nicht eine bestimmte Person leisten soll, sondern der Eigentümer als Vertreter des Grundstücks, soll auch der Gläubiger nicht schlechthin bekommen, sondern er soll aus dem Grundstück bekommen. Als der dinglichen Schuld gegenüberstehendes Recht hat er ein „dingliches" Gläubigerrecht. Gierke bezeichnet es geradezu als „Recht am Grundstück".

Gegen solche sachenrechtliche Veränderung des Schuldbegriffes erheben sich naturgemäß große Bedenken. Schuld und Haftung gehören ihrer Bestimmung gemäß zusammen. Sie dürfen aber nicht ineinander geleitet werden, sondern müssen begrifflich stets getrennt und selbständig bleiben.

Wie wenig einheitlich und widerspruchslos zudem eine solche Vermischung erscheint, bezeichnet Puntschart zutreffend, wenn er Gierke vorwirft, daß er teilweise in „dogmatisch korrekten" Ausdrücken Schuld und Haftung scheide, gleichwohl aber in gewissem Sinne eine „Personifikation des Grundstücks" vornehme, obschon er die Sachpersonifikation ablehnt (Festschr. S. 155). Ferner h a f t e t das Grundstück für die

dingliche Schuld, die sich ihrerseits aber auf das Grundstück konzentriert. Nach Puntschart bedeutet das ebensowohl, daß die Schuld außerhalb des Pfandrechts steht, wie auch daß dasselbe wirtschaftliche Gut leisten und für die Leistung einstehen soll. „Das klingt doch wohl noch an die Identifizierung von Schuld und Haftung an, die ja auch Gierke nicht für zutreffend erachtet" (Puntschart a. a. O.).

An Gierkes dingliche Schuld ganz nahe heran reicht die Darstellung der Grundschuld als „Realobligation" auf der Schuld- und Haftungsgrundlage. Nur wird die Trennung beider Begriffe sorgfältig durchgeführt und nicht teilweise verwischt wie bei Gierke.

Die Lehre der „Realobligation" nimmt ihren Ausgang von den Darlegungen v. Meibooms [4]) für das mecklenburgische Recht.

In ihrer Anwendung auf das BGB. erfuhr sie einmal eine Wandlung im Sinne der Trennung vom dinglichen Recht und „Obligation", oder vom dinglichen „Haftungs"recht und „Schuld"recht, wie sie andererseits entweder fast unverändert angenommen oder aber nicht mehr einem deutschrechtlichen Begriffe der Dinglichkeit, wie es v. Meiboom zuerst tat, unterstellt, sondern vollends nur für eine bloße Obligation erklärt wurde.

Diese letztere Auffassung der Realobligation erscheint daher als die extremste in der Richtung nach dem Obligationenrecht.

Die Grundidee der Lehre von der Realobligation, die am reinsten in den Auffassungen dieses Rechtsverhältnisses als einer bloßen Obligation zutage tritt, ist die einer absoluten Leistungspflicht des jeweiligen Eigentümers, die auf das Grundstück sich beschränkt. Beschränkte Verpflichtung und beschränkte persönliche Haftung bedeuten hierbei eine gleichwertige Vorstellungsweise.

Allgemein spricht gegen die Realobligation, in welcher Gestalt sie sich immer zeige, daß der Schuldner nicht eine bestimmte Person, sondern der jeweilige

4) v. Meiboom, Das Mecklenburgische Hypothekenrecht 1871, besonders S. 39 ff.; ders. in den Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther Bd. 4 S. 442 ff., besonders S. 420.

Eigentümer ist, also eine nicht durch das Schuldrecht (bzw. Obligationenrecht), sondern durch das Eigentum am Grundstück bestimmte Person. Diese einschneidende Veränderung des Schuldbegriffes, mag man ihn nun im deutschrechtlichen Sinne oder im Sinne des gemeinen Rechts verstehen, ist, was daher auch Gierkes „dinglicher Schuld" entgegensteht, kaum mit den Grundsätzen des „Rechtes der Schuldverhältnisse" in Einklang zu bringen.[5])

Allgemein spricht weiter gegen die Realobligation, daß der Eigentümer nach § 1142 (§ 1192, 1) berechtigt und folglich nicht verpflichtet ist, den Gläubiger zu befriedigen; und Befriedigung ist Befriedigung, sei es, daß sie „aus dem Grundstück"" im Wege der Zwangsvollstreckung, sei es, daß sie „freiwillig" erfolgt.[6]) Nach dem Gesetz besteht daher weder eine Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung „schlechthin", noch eine Verpflichtung zur Zahlung „aus den Mitteln (aus dem Verkaufserlöse) und den Nutzungen des Grundstücks".[7])

Ferner spricht allgemein gegen die Realobligation, wie sie auch immer beschaffen sei, daß sie am herrenlosen Grundstück ohne Schuldner besteht.[8])

Aber auch bei der Eigentümergrundschuld (Eigentümerhypothek) muß sie schlechthin versagen,[9]) weil Eigentümer und Schuldner dieselbe Person sind, die Eigentümergrundschuld (Eigentümerhypothek) aber kein völlig (bzw. in der Hand des Eigentümers dauernd) ruhendes Recht ist (wie unten noch ausgeführt werden wird).

Auf der Schuld- und Haftungslehre aufgebaut

---

5) Vgl. auch Planck S. 517.

6) Anders Hirsch, der die freiwillige Zahlung nicht als Befriedigung der Grundschuld (oder event. Hypothek) auffaßt, sondern nur als Zahlung der zugrunde liegenden Forderung; vgl. Übertragung der Rechtsausübung S. 428, 429.

7) So z. B. Siber in Jherings Jahrb. 50 S. 136, 138, 139; Rechtszwang S. 203.

8) Darauf weisen insbesondere hin: Cosack S. 220, III, 2; Siber in Jherings Jahrb. 50 S. 132, 152; Hirsch a. a. O. S. 43, 436; Planck S. 517, 8. Abschnitt unter 3.

9) So auch Cosack a. a. O.; Hirsch a. a. O. S. 437; Crome S. 645; dieser Einwand ist auch gegen Gierkes dingliche Schuld zu erheben.

erscheint die Realobligation als ein den Eigentümer treffendes Leistensollen überhaupt, verbunden mit der dinglichen Grundschuldshaftung, die für ein Beschaffenkönnen der ausgebliebenen Leistung sorgt. Diese Ansicht vertreten Dernburg,[10]) v. Schwind,[11]) Dümchen[12]) und in gewissem Sinne auch Stobbe-Lehmann.[13]) Von Gierke weichen sie nur darin ab, daß sie den schuldenden Eigentümer nicht als Vertreter des in Wahrheit schuldenden Grundstücks auffassen, die Schuld also nicht zur „dinglichen" machen, sondern das bloße Leistensollen der Person als solcher und die Haftung der Sache scharf auseinander halten. Nur Stobbe-Lehmann verwechselt diese Begriffe wieder mit der Obligation als einer erzwingbaren Personenverpflichtung. Mit einer „Naturalobligation" gegen den Eigentümer verbinde sich ein dingliches Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück für den Fall des Unterbleibens anderweitiger Erfüllung.

Mit der Naturalobligation meint er als Anhänger der Amiraschen Lehre eine Schuld im deutschrechtlichen Sinne. Indem er folgerichtig die dingliche Sachhaftung von ihr trennt, redet er gleichwohl wieder von einer „Forderung" und von einer „beschränkten Haftung des Eigentümers" mit dem Grundstück.[14])

Erscheint der zusammengesetzte Charakter der Realobligation auf der Schuld- und Haftungsunterscheidung wenigstens einheitlich und insofern begründet, so kann diesen Anspruch nicht auch die Zusammensetzung von Pfandrecht (oder dinglichem „Wert"recht)[15]) und Verpflichtung des Eigentümers erheben. Denn dem Begriffe der Verpflichtung ist die Verknüpfung von Schuld und persönlicher Haftung zu der Vorstellung einer aus dem gesamten Vermögen erzwingbaren Personenbindung wesentlich. Da hier der Zwang aber auf das Grundstück beschränkt ist, so ergibt sich damit die Idee einer

10) § 209, 2 S. 688, 689 a. a. O.
11) S. 129 ff., 132, 136 a. a. O.
12) S. 363 ff. in Jherings Jahrb. 54.
13) a. a. O. S. 164 ff., 264 ff.
14) S. 170.
15) So Crome S. 644; Cosack S. 219, 220.

beschränkten persönlichen Haftung des jeweiligen Eigentümers, neben der gleichwohl noch ein dingliches Zwangsrecht bestehen soll. Zu den Vertretern dieser im wesentlichen sich gleichbleibenden Auffassung zählen insbesondere: Gerber (System des deutschen Privatrechts S. 250 ff.; 256); Crome (a. a. O. S. 644); Staub (im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 5 S. 36 ff., 42 ff., 52); Cosack (a. a. O. S. 220, III, 1 a).

Die Verpflichtung des Eigentümers geht indessen nach Cosack nicht auf Geldzahlung (bzw. Zahlung der „Pfandsumme"), sondern vielmehr nur darauf, daß der Eigentümer „soweit nötig, dabei mitwirken muß, wenn der Gläubiger die Pfandsumme aus dem Grundstück beitreibt". „Praktisch hat die Realobligation zur Folge, daß der Pfandgläubiger, um die Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück, oder Pfandzubehör zu ermöglichen, dem Gläubiger auf dessen Kosten einen vollstreckbaren Titel zu beschaffen verpflichtet ist; entzieht er sich dieser Pflicht, so daß der Gläubiger zur Pfandklage genötigt ist, so muß der Pfandschuldner die Prozeßkosten bezahlen."

Diese „Realobligation" komme „zum Fortfall bei den Eigentümerpfandrechten und bei den Pfandrechten an herrenlosen Grundstücken" (a. a. O. S. 220). Damit erkennt Cosack selbst an, daß diese Konstruktion an einem so wichtigen Institut wie der Eigentümergrundschuld (Eigentümerhypothek) versagen muß.

Für das gemeine Recht heben die Trennung von dinglichem Recht und Forderung bei der Realobligation hervor: Förster (Preuß. Grundbuchrecht S. 139 ff.), Jäckel (in Gruchots Beitr. 18 S. 558) und Hartmann (Die Obligation S. 40, S. 135 ff.).

Eine gewisse Scheidung von dinglichem Recht und Leistungspflicht des Eigentümers bildet dann einen logischen Übergang zu der Vorstellung der Realobligation als eines dinglichen Rechts im Sinne einer besonderen Dinglichkeit, und vollends zu der extremen Auffassung der Realobligation als bloßen Forderungsrechts, welches gleichwohl die Ausschlußkraft mit einem dinglichen Rechte gemein hat.

Die Scheidung von dinglichem Recht und Leistungspflicht wird hier nur um deswillen vorgenommen, um die Aus-

schlußkraft Dritten gegenüber zu erklären. Insoweit sei ein dingliches Recht vorhanden. Im übrigen bestehe die Schuld des Eigentümers. In diesem Sinne äußert sich Grützmann.[16])

Unter den neueren Schriftstellern steht Siber[17]) dieser Auffassung nahe. Er trennt die Realobligation als eine „Verpflichtung des Eigentümers zur Leistung aus der Sache, d. i. ihren Nutzungen und ihrem Verkaufserlös" von einem dinglichen Verwertungsrecht. Die Zwangsvollstreckung geschehe aber nicht (wie die obengenannte Meinung es tut, die Verpflichtung des Eigentümers und Pfandrecht trennt) auf Grund des dinglichen Verwertungsrechts, sondern vielmehr auf Grund der Verurteilung zur Leistung aus der Sache (S. 149 Jherings Jahrb. Bd. 50). Die Verwertung geschehe erst durch Vollstreckung, die auf Grund der Realobligation erfolgt sei (a. a. O.). Eine solche Verwertung aber kann nicht mehr auf ein dingliches Recht gegründet werden, weil sie nur Ausführung der Zwangsvollstreckung auf Grund der Realobligation bedeutet. Die Annahme eines dinglichen Verwertungsrechts kann daher nur die Bedeutung eines dinglichen Rechts als ausschlußwirksamen Rechtes enthalten, welches Ergebnis daher der Auffassung von Grützmann ähnlich ist.

Die Verwischung von dinglichem Recht und Forderungsrecht wird meist mit Hilfe eines vom gemeinrechtlichen abweichenden Dinglichkeitsbegriffes erreicht. So von v. Meiboom (Mecklenburg. Hypothekenr. S. 35 ff.; Arch. f. d. ziv. Prax. 74 S. 337 ff.) und für das BGB. von Bähr (in Krit. Vierteljahrsschr. Bd. XXX, S. 518 ff.; Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 2 S. 150 ff., S. 175); und vor allem Fuchs (Grundbuchordnung S. 375).

Da diese Ansichten eine gemeinrechtliche Dinglichkeit für die Realobligation nicht anerkennen, so sind sie insofern nicht unterschieden von denen, die in der Realobligation ein bloßes Forderungsrecht gegen den jeweiligen Eigentümer sehen.

Zu den Vertretern der letzteren Ansicht gehören insbesondere: Sohm (in Grünhuts Zeitschr. Bd. 5 S. 1 ff., 35, 36);

16) Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht und Prozeß Bd. 8 S. 258, 262.

17) Rechtszwang S. 200 ff.; Jhering Bd. 50 S. 136, 147, 149.

Ehrenberg (Beschränkte Haftung S. 434, 457);[18]) Hachenburg (Beiträge S. 19 ff., 34 ff.; Vorträge S. 519, 535); Kretzschmar (Sachenrecht S. 435, III, z. 8. Abschnitt), der allerdings den Eigentümer nur in gewissem Sinne schulden läßt, während das Grundstück (ähnlich wie bei Gierke) die eigentliche Basis der Schuld bildet; Willenbücher (Liegenschaftsrecht, Vorbem. 2 und 7 zum 8. Abschnitt).

Die Darstellung der Realobligation als bloßer Obligation des jeweiligen Eigentümers erscheint als eine starke Verwirrung der Begriffe Schuldrecht und dingliches Recht. Die ist auch dort vorhanden, wo Obligation und dingliches Recht getrennt werden, wenn auch in weniger starkem Maße. Gegen diese begriffliche Entstellung verdienen einige kritische Worte Puntscharts[19]) hervorgehoben zu werden: „Die Realobligation (er meint die Realobligation, die nicht auf die Schuld- und Haftungslehre sich gründet) ist geradezu ein klassisches Beispiel dafür, zu welchen Schwierigkeiten eine unrichtige begriffliche Grundlage folgerichtig weiterentwickelt führen kann. Sind Haftung und Schuld das gleiche, dann kann es im vorliegenden Falle ebenso nur eine persönliche Haftung geben, wie sonst, außer man wollte das Grundstück zum Schuldner machen. So mußte man hier zur beschränkten Personenhaftung gelangen, zu einer Haftung oder Verpflichtung ‚mit dem Grundstücke'." „Es wurde schon berührt . . ., daß aber auch die ‚beschränkte' Personenhaftung mit den überkommenen Grundbegriffen nicht vereinbar ist." „Das Pfandverhältnis wurde in das Schuldverhältnis aufgenommen; in die Schuld kam ein dingliches Element." „Umgekehrt wurde wieder das Schuldverhältnis in das Pfandrecht aufgenommen; in das Pfandrecht kam ein persönliches Element." „Auf diese Weise wurde ein ganz nebelhaftes Rechtsgebilde geschaffen, welches zugleich dinglich und persönlich ist, ein widerspruchsvolles Etwas, das aber ein echtes Kind der herrschenden Lehre über die Obligation ist."

18) Für das Recht des Schiffsgläubigers gibt er jetzt in gewissem Sinne ein dingliches Recht zu; vgl. in Festgabe für Regelsberger S. 38 ff.

19) Grundschuldbegriff S. 89, 91, 92.

Der Konstruktion der Grundschuld als Realobligation im Sinne einer bloßen Obligation steht die Konstruktion eines selbständigen bloßen Pfandrechts oder Verwertungsrechts gegenüber.

Mag nun das Verwertungsrecht ein Pfandrecht genannt werden oder nicht, beide Rechte sind rein dingliche Rechte desselben Inhalts.

Solcher Auffassung suchte die hier vertretene Grundschuldkonstruktion zu begegnen, wenn die konstruktive Unzulänglichkeit der gesetzlichen Definition der Grundschuld hervorgehoben wurde (vgl. Kap. I S. 1 ff.).

Die Konstruktion der Realobligation wird von der herrschenden Meinung abgelehnt (vgl. Oberneck, Grundbuchrecht S. 2 Anm. 4). Eine Zusammenstellung der Gegner dieser Lehre, auf die hinzuweisen genügen möge, findet sich bei Oberneck (a. a. O.), Horn (Eigentümerhypothek S. 9 Anm. 27), Hirsch (Übertragung der Rechtsausübung S. 452; er nennt auch andererseits die Schriftsteller, die sich nur gelegentlich für die Realobligation aussprechen).

Ein selbständiges „Wertrecht“[20]) ist die Grundschuld nach Kohler (im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 91 S. 155 ff., 168 ff.), Predari (Grundbuchordnung S. 217), Landsberg (BGB. S. 777).

Ein selbständiges „Pfandrecht“ (als rein dingliches Recht) bildet den alleinigen Inhalt der Grundschuld nach Boehm[21]) (Grundbuchrecht S. 146 f.), Mittelstein (Hypothekenrecht S. 35, 44), Hirsch (Übertragung der Rechtsausübung S. 230, 231, 234, 235), Matthiaß (Bürgerliches Recht S. 504).

Auf der Schuld- und Haftungsgrundlage wird die Grundschuld ausschließlich als Sachhaftungsrecht (Pfandrecht) dargestellt von: Isay (in Jherings Jahrb. Bd. 48 S. 195), Pappenheim (in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. VI S. 519 f.), Hellmann (in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. VII S. 72 f.). Hier wird zudem der begriffliche Fehler begangen,

20) „Werttheorie“ oder, nach Predari: „Wertaneignungstheorie“.

21) Doch mehr dem Namen nach; denn er verwendet im übrigen die gesamte Begriffsbestimmung zur Konstruktion, ohne sie inhaltlich zu interpretieren.

eine Haftung ohne rechtliche Anlehnung an eine Schuld als bestehend zu denken.[22])

Die allgemein nicht anerkannte (vgl. auch RG. 60, 254; 65, 263, 264) „Wertteilstheorie“ Obernecks[23]) geht über die Wertrechtstheorie insofern hinaus, als sie nicht nur das ganze Grundstück als dingliches Belastungsobjekt der Grundschuld anerkennt, sondern vielmehr auch einen bestimmten Wertteil des Grundstücks Objekt des Rechts sein läßt. Die „Belastung des Grundstücks“ sei indessen nur ein rein bildlicher Ausdruck (Reichsgrundbuchrecht S. 20), weil der Gläubiger in Ansehung des ganzen Grundstücks ein Verkaufsrecht habe. Er definiert: „Die Gläubigerpost . . . ist: das durch Vollstreckung in das ganze Grundstück erzwingbare Recht eines in der Eintragung bezeichneten Dritten an einem fremden Grundstück auf den durch eine bestimmte Geldsumme und durch einen bestimmten Rang grundbuchmäßig begrenzten Grundstückswert; . . . sie ist Gläubigergrundschuld, wenn diese Bezugnahme (auf ein Schuldverhältnis) fehlt.“ (Reichsgrundbuchrecht S. 26.)

Gegen die Vorstellung der Belastung eines bestimmten durch Grundschuldbestellung „ausgeschiedenen“ Wertteiles spricht die Surrogation in der Zwangsversteigerung.[24]) Denn der Erlös, der „realisierte Wertteil“, tritt erst später an die Stelle des belasteten Grundstücks. Folglich kann er, so lange das Grundstück Belastungsobjekt ist, nicht auch als ein im Grundstück verkörperter Wertteil belastet sein.

Die Grundschuld kann, wenn sie das ganze Grundstück belastet, nicht zugleicher Zeit einen Wertteil des Grundstücks belasten.[25])

Tritt daher der Erlös an die Stelle des Grundstücks, so wird der ganze Erlös in derselben Weise belastet, „mit dem

22) Auf die Literatur zur Auffassung der Grundschuld als dingliches Recht mit einer den gesetzlichen Begriffsbestimmungen entsprechenden Definition war schon hingewiesen worden.

23) In Gruchots Beiträge Bd. 47 S. 366 ff.; Grundbuchr. S. 19 ff., 23 ff.

24) Darauf weist insbesondere Hirsch hin, Übertragung der Rechtsausübung S. 340 ff.

25) Vgl. auch Predari S. 218: Der Wertteil werde nicht mit der Bestellung der Grundschuld, sondern demnächst ausgeschieden. Die Grundschuld gebe nur die Möglichkeit dazu.

Befriedigungsanspruche bestrickt“,[26]) nicht aber nur ein bestimmter Teil, wie Oberneck folgert.[27])

Der Oberneckschen Ansicht liegt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde. Wirtschaftlich kann der Wert Rechtsobjekt sein.[28]) Juristisch ist diese Vorstellungsweise abzulehnen. Zutreffende Einwände gegen die Obernecksche Konstruktion bringt auch Güthe (Grundbuchordnung 1911 S. 1575, 1576). Er führt u. a. als Gegengrund, der sich trotz der Einwände Obernecks als stichhaltig erweist, auch die Erwägung an, daß, wenn der Wert des Grundstücks durch Vorhypotheken schon ganz in Anspruch genommen sei, für die späteren Hypotheken (Grundschulden) ein Wertteil nicht mehr verbleibt.

Insbesondere aber ist Oberneck entgegenzuhalten, daß die Grundlage seiner Wertparzellentheorie das System der „festen Stellen“ auch in der eingeschränkten Bedeutung eines „materiellrechtlichen Prinzips“ für das BGB. nicht mehr gilt, obschon eine gewisse Annäherung nicht zu verkennen ist.[29]) Daher sind auch die Pfandgläubiger nicht ein für allemal in Ansehung der Befriedigung auf einen bestimmten Abschnitt der Werteinheit verwiesen, während die pfandbereiten Stellen dem Eigentümer vorbehalten sind.[30])

Die Wertparzellentheorie ist daher für eine Grundschuldkonstruktion als ungeeignet zu verwerfen.[31])

---

26) Vgl. RG. Bd. 60, 254.

27) S. 20.

28) Vgl. Hirsch a. a. O.

29) Vgl. Gierke a. a. O.; ferner: Motive Bd. III S. 202, 737; Protokolle Bd. III S. 600, 614; Eck, Vorträge, S. 292 Anm. 5; Dernburg a. a. O.; Predari a. a. O.; Fuchs a. a. O. S. 522 und Bruck a. a. O. S. 125.

30) Vgl. Predari S. 218, 219; Güthe, S. 1575, erkennt wie Oberneck ein materiellrechtliches Prinzip der festen Stellen für das BGB. an; es führe aber nicht zu der abzulehnenden Wertteilstheorie. Er sieht, wie Oberneck, in den Ausnahmen von dem „Nachrücken“ die Regel bestätigt.

31) Dafür: Predari S. 218, 219; Hirsch im Arch. f. bürgerl. Recht S. 232; Übertragung der Rechtsausübung S. 414 ff.; Gierke, D. P. R., S. 858; Dernburg III § 209, 3; Güthe, Grundbuchordnung, S. 1575; Eck, Vorträge, S. 310; Kindel a. a. O. S. 77; Endemann (1905) S. 736 Anm. 7; RG. Bd. 60, 254; Schneider (Diss.) S. 41, 42; Sommer (Diss.) S. 226 ff.

Kapitel V.

Die rechtliche Natur der Grundschuld ist, wenn sie dem Eigentümer zusteht, dieselbe, wie wenn sie dem Gläubiger zusteht.

Es ist, da die Grundschuld auch dem Eigentümer zustehen kann und Streit darüber herrscht, ob sie dann noch Grundschuld ist, daher auch auf die rechtliche Bedeutung der Eigentümergrundschuld einzugehen. Das wichtige Institut der Eigentümergrundschuld mag gleichzeitig eine Belastungsprobe für die Konstruktion sein.

Eine Eigentümergrundschuld entsteht aus der Grundschuld kraft Gesetzes, wie erwähnt wurde, durch Verzicht (§§ 1192, I; 1168, I). Sie entsteht in gleicher Weise durch Rechtsvereinigung (§ 889) und durch Ausschließung des Gläubigers im Aufgebotsverfahren (§§ 1192, I; 1170). Eigentümergrundschuld ist die Grundschuld kraft Gesetzes, vor Übergabe des Briefes (§§ 1192, I; 1163, II). Eine Eigentümergrundschuld entsteht auch kraft Gesetzes aus der Hypothek. Die persönliche Forderung braucht nur erloschen oder nicht entstanden zu sein (§ 1163, I). Dann wird oder ist die Hypothek Eigentümerhypothek und „verwandelt" sich zugleich in eine Eigentümergrundschuld (§ 1177, I). § 1177, I umfaßt auch die Fälle, die nicht wie die eben genannten nur das rechtliche Schicksal der Forderung, sondern auch die des dinglichen Rechtes betreffen. Das sind die Fälle, in denen eine Eigentümerhypothek durch Verzicht, Rechtsvereinigung, Ausschließung des Gläubigers und noch nicht erfolgter Übergabe des Briefes entsteht (bzw. vorhanden ist) und sich, weil dem Eigentümer nicht die Forderung zusteht, in eine Eigentümergrundschuld verwandelt. Eine wirkliche Eigentümerhypothek dagegen existiert nur, wenn dem Eigentümer auch die Forderung zusteht (§ 1177, II). Doch finden auf diese „forderungsbekleidete" Eigentümerhypothek die Vorschriften Anwendung, die für eine Eigentümergrundschuld gelten (§ 1177, II).

Eine Eigentümergrundschuld entsteht schließlich auch kraft Rechtsgeschäftes, wenn der Eigentümer eine Grundschuld für sich bestellt (§ 1196).

Nach dem Gesetz unterscheidet sich die Eigentümergrund-

schuld von der gewöhnlichen Grundschuld nur dadurch, daß der Eigentümer als Gläubiger nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann (§ 1197, I). Außerdem gebühren ihm Zinsen nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung (§ 1197, II).

Diese Bestimmung, wenn man ihre Bedeutung als Rechtsausübungsschranke richtig erkennt und der Ausdruck des Gesetzes, die Grundschuld[1]) „steht dem Eigentümer zu", oder „der Eigentümer erwirbt die Grundschuld",[1]) oder „eine Grundschuld kann auch für den Eigentümer bestellt werden", sprechen dafür, daß die Eigentümergrundschuld kein von der gewöhnlichen Grundschuld verschiedenes Rechtsgebilde ist. Und die Eigentümergrundschuld läßt sich auch in der Tat, was ihre rechtliche Natur anbelangt, als eine wirkliche Grundschuld erkennen.

Da freilich ihr Gläubiger der Eigentümer ist, so ergibt sich schon aus rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten, daß die Ausübung des Rechts dem Umfange nach nicht dieselbe sein kann und darf, wie die der gewöhnlichen Grundschuld. Diesem wirtschaftlichen Momente trägt aber der § 1197 Rechnung, indem er dem Eigentümer eine Beschränkung in der Ausübung seines Rechts auferlegt, nicht aber das Recht in seinem Bestande ändert.[2]) Denn er kann „nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben". Das heißt genauer, er kann die Zwangsveräußerungsbefugnis als einen wesentlichen Bestandteil seiner Zugriffsmacht nicht ausüben, weil er Eigentümer ist. Betreiben der Zwangsvollstreckung ist eben Ausübung der Veräußerungsmacht, und wird das Betreiben verboten, so wird folglich die Ausübung verboten. Und das Recht auf Zinsen kann er nur geltend machen, d. h. ausüben, während der von einem Anderen angeordneten Zwangsverwal-

1) An Stelle des Wortes „Hypothek" gebraucht.

2) Vgl. Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung S. 156, 57: „Das Recht zur Veräußerung des Grundstücks . . . (B. 1197, I), das Recht auf Zinsen . . . ruhen in der Hand des Eigentümers und werden erst in der Hand eines wirklichen Gläubigers wieder ausübbar."

tung. Denn die Zinsen werden wirtschaftlich gewissermaßen als eine Belastung der Einkünfte des Grundstücks angesehen. Deshalb soll der Eigentümer Zinsen nur geltend machen können, solange ihm die Einkünfte des Grundstücks gebühren.[3])

Da ferner keine Person vorhanden ist, die wie der Eigentümer bei der Gläubigergrundschuld den fehlenden Schuldner hier vertreten könnte, so versteht sich von selbst, daß bei der Eigentümergrundschuld der Eigentümer als Gläubiger folglich auch nicht kündigen und damit die Fälligkeit des Grundschuldkapitals herbeiführen oder mahnen kann usw.

Aber das Recht des Bekommensollens, das zwar ebenfalls wie die im Pfandrecht enthaltene Veräußerungsbefugnis, nicht ausübbar ist, weil der Eigentümer nicht kündigen und mahnen kann, und die Zugriffsmacht gegen das Grundstück stehen ihm tatsächlich zu. Er ist Gläubiger der Gläubigerschuld (Kapital und Zinsen), die mit pfandartiger reiner Sachhaftung verbunden ist. Dieses verbundene Recht ist entweder kraft Gesetzes auf ihn übergegangen; er ist mithin Gläubiger einer wirklichen Grundschuld. Oder er hat durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte mit der Eintragung (§ 1196, II) für sich den Rechtszustand des Bekommensollens und den Haftungszustand seines Grundstückes begründet.

Der Eigentümer hat damit dem Bestande nach alle Rechte eines Grundstücksgläubigers. Sonst könnte er nicht durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten diesem alle Rechte eines Grundstücksgläubigers einräumen. Nur eine Ausübungsschranke legt ihm das Gesetz in § 1197, II ausdrücklich auf. Und daß das Verbot, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, die Bedeutung einer Rechtsausübungsschranke hat, zeigt auch folgende Überlegung:

Das Ausübungsverbot erstreckt sich nur auf die eine wesentliche Befugnis seiner Zugriffsmacht (bzw. seines in der Grundschuld enthaltenen Pfandrechts), auf die Veräußerungsbefugnis. Dagegen die andere, das Erlösaneignungsrecht, das indessen hier genauer nur ein Erlös„wegnahme"recht ist, vermag er zu betätigen.[4]) Ist aber das Erlösaneignungsrecht

3) Vgl. Planck III S. 672 b zu § 1177.

4) Daher ist die Eigentümergrundschuld kein — völlig — ruhendes Recht; vgl. Hirsch a. a. O. S. 156.

ausübbar und folglich vorhanden, so muß auch das Veräußerungsrecht, ohne welches das Erlösaneignungsrecht nicht denkbar ist,[5]) und damit folglich auch das Pfandrecht (oder Zugriffsrecht) vorhanden sein.

Es wurde bemerkt, das Erlösaneignungsrecht sei hier genauer ein Erlös„wegnahme"recht. Das wird mit Hirsch (Übertragung der Rechtsausübung S. 418 ff.) angenommen, ebenso wie das Veräußerungsrecht und Erlösaneignungsrecht in dem Pfandrecht der gewöhnlichen Grundschuld.

Wie aber bereits ausgeführt wurde, daß Veräußerungs- und Erlösaneignungsbefugnis entgegen der Ansicht von Hirsch inhaltlich nicht mit Eigentumsbefugnissen des Pfandeigentümers identisch seien, so ist folglich auch die genannte Erlöswegnahmebefugnis des Gläubigers der Eigentümergrundschuld nicht identisch mit dessen Wegnahmerecht als Eigentümer am Übererlöse.

Dabei ist es gleich, ob die Eigentümergrundschuld[6]) dem Eigentümer anfällt, oder ob er sie für sich begründet. Denn im letzteren Falle ist er es eben, der die im Eigentume enthaltene Macht betätigt, und für sich eine besonders geartete Sachherrschaft in Gestalt einer Zugriffsmacht an seinem Grundstücke begründet, gleichzeitig mit der Begründung des Rechtszustandes des Bekommensollens für seine Person.

Das Wegnahmerecht des Gläubigers der EG. als wirkliche Pfandrechtsbefugnis, die inhaltlich nicht mit dem Wegnahmerecht des Eigentümers am Übererlöse identisch ist, läßt sich folgendermaßen begründen:

„Aneignung" und „Wegnahme" sind beides Bezeichnungen für Eigenbesitzergreifungshandlungen. Beide Handlungen sind hier rechtmäßig, weil sie auf Grund des Pfandrechts vorgenommen werden. Im Pfandrecht ist das Recht zu diesen Handlungen enthalten. Mit dem Ausdruck „Aneignung" bezeichnet das Gesetz (vgl. z. B. § 958 BGB.) aber nur diejenigen rechtmäßigen Besitzergreifungshandlungen, an deren Vornahme es die Wirkung des Eigentumserwerbes knüpft. Weil daher kraft

5) Vgl. Schneider, Diss., S. 18, 21.

6) Im folgenden wird das Wort „Eigentümergrundschuld" mit der abgekürzten Bezeichnung: „EG." gebracht werden.

Gesetzes an die auf Grund des Pfandrechts in der Grundschuld rechtmäßige Eigenbesitzergreifung des Grundschuldgläubigers ein Eigentumserwerb am Erlöse geknüpft wird, so ist sein Recht zur Eigenbesitzergreifung ein Aneignungsrecht. Weil dagegen der Gläubiger der Eigentümergrundschuld bereits infolge gesetzlicher Surrogation mit dem Zuschlage Eigentum am Erlös erworben hat,[7]) so ist daher sein Eigenbesitzergreifungsrecht an dem ihm gebührenden Teile des Erlöses nicht als ein Aneignungsrecht zu bezeichnen. Hier paßt vielmehr der Ausdruck „Wegnahmerecht". Fehlt hier also die Wirkung des Eigentumserwerbes, weil er kraft Gesetzes bereits eingetreten ist, infolge der Identität des Eigentümers und des Gläubigers der Grundschuld (EG.), so ist zwar damit die Wirkung nicht dieselbe wie bei dem Erlösaneignungsrechte, dafür aber der gleiche Inhalt, das Recht zur Eigenbesitzergreifung vorhanden.

Daraus folgt, daß das Erlöswegnahmerecht des Gläubigers der EG. Bestandteil eines wirklichen Pfandrechts ist.

Steht dem Gläubiger aber neben der Gläubigerschuld ein wirkliches, wenn auch teilweise nicht ausübbares Pfandrecht an seinem Grundstück zu, so ist ihm damit eine neben der unbegrenzten Eigentumssachherrschaft vorhandene besondere begrenzte Sachherrschaft gegeben.

Ist aber diese Eigentümlichkeit begrifflich überhaupt möglich?

In dieser Frage berühren sich die Gegensätze in den Ansichten über das Wesen der Eigentümergrundschuld.

Ist die Eigentümergrundschuld folglich nur Eigentumsrecht, wenn auch „besonders gefärbtes" oder „formalisiertes" Eigentum, oder ist sie (enthält sie) ein wirkliches begrenztes dingliches Recht an eigener Sache?

Nach der hier vertretenen Auffassung enthält die Eigentümergrundschuld ein wirkliches begrenztes dingliches Recht an eigener Sache.

Die Art der Sachherrschaft, die es gewährt, die nicht ausübbare Zwangsveräußerungsmacht und das ausübbare Erlös-

7) §§ 37 Nr. 5, 90, I; 92 ZVG.

wegnahmerecht sind inhaltlich, wie ausgeführt wurde, von der privaten Verfügungsmacht und dem Erlöswegnahmerecht des Eigentümers verschieden. Deshalb ist inhaltlich insoweit das Eigentum keine unbegrenzte Sachherrschaft, als sich diese in einer Verfügungs- und Besitzergreifungsmacht äußert.

Also könnte begrifflich eine inhaltlich anders geartete Sachherrschaft des Eigentümers für den Eigentümer an der eigenen Sache bestehen. Dem steht aber noch im Wege, daß immerhin dem Umfange nach das Eigentum unbegrenzte Sachherrschaft bedeutet.

Denn auf Grund des Eigentums kann der Eigentümer, soweit sich die Sachherrschaft in einer Verfügungsmacht zeigt, nicht mehr, wie das Eigentum übertragen, gleichgültig, ob es nur auf privatem Wege geschieht, oder sei es, daß er es im Wege der Zwangsvollstreckung zu tun vermöchte. Ebenso hat er als Eigentümer das, wenn auch teilweise nicht ausübbare Recht, kraft des Eigentums, den Erlös in Besitz zu nehmen.

Soweit die Eigentumssachherrschaft sich daher in einem Besitzergreifungsrecht zeigt, kann diese dem Bestande nach vorhandene Macht dem Umfange nach gar nicht größer werden.

Dennoch vermag m. E. das Nebeneinanderbestehen der dem Umfange nach unbegrenzten neben der dem Umfange nach begrenzten Sachherrschaft des Eigentümers und Gläubigers der Eigentümergrundschuld auf Grund folgender Erwägungen begrifflich aufrechterhalten zu werden.

Wenn der Eigentümer Gläubiger der Eigentümergrundschuld wird, so gesellt sich zwar zu der im ausgeführten Sinne unbegrenzten eine in zwei Befugnissen sich äußernde begrenzte Sachherrschaft derselben Person. Daß dem Bestande nach in dem Pfandrecht der Eigentümergrundschuld enthaltene Zwangsveräußerungsrecht ist jedoch während des Nebeneinanderbestehens nicht ausübbar. Es ruht vielmehr. Andererseits ist zwar das Erlöswegnahmerecht auf Grund des Pfandrechts, sobald der Erlös surrogiert ist, ausübbar, aber zu gleicher Zeit ist das Eigentum am Erlös, soweit es sich als Sachherrschaftsrecht in dem Wegnahmerechte äußert, insoweit nicht ausübbar und ruht daher, als das pfandrechtliche Wegnahmerecht ausübbar ist.

Daher vermag die begrenzte Sachherrschaft neben der un-

begrenzten als begrifflich möglich behauptet zu werden, weil, solange das Grundstück Rechtsobjekt ist, das begrenzte Recht ruht,[8]) sobald aber der Erlös Rechtsobjekt geworden ist, das begrenzte Recht zwar auflebt, dafür aber das unbegrenzte insoweit ruht, als es sich gleichfalls in einem Recht zur Besitzergreifung zeigt. — Surrogiert aber nur eine Forderung auf den Erlös, so ruht die Einziehungsbefugnis des Eigentümers als Gläubigers der Forderung, während die Einziehungsbefugnis, die er als Pfandgläubiger der Forderung hat, ausübbar ist. Und ist infolge der Einziehung das Geld surrogiert, so ruht das kraft Eigentums bestehende Wegnahmerecht, während das kraft Pfandrechts gegebene Aneignungsrecht ausübbar ist.

Dieser Erklärungsversuch ist ebensowohl möglich, wenn andere begrenzte Herrschaftsrechte an einem Grundstück an den Eigentümer fallen (vgl. § 889 BGB.).

Erwirbt z. B. der Eigentümer den Nießbrauch an seinem Grundstück, so ruht dieses Recht für die Dauer der Rechtsvereinigung.[9]) Die Nutzungen zu ziehen ist er kraft Eigentums berechtigt. Übt er diese Befugnis aus, so übt er nicht den gleichzeitig für ihn bestehenden Nießbrauch aus. Eine Rückkehr in das Eigentum findet aber ebensowenig wie bei allen begrenzten dinglichen Rechten, die an den Eigentümer fallen können, statt, weil der Rang zum Inhalt der begrenzten dinglichen Rechte gehört und damit schon immer eine inhaltliche Verschiedenheit gegenüber den Eigentumsbefugnissen vorhanden ist.

Die hier gebilligte Ansicht Heinsheimers (a. a. O.) aber,

8) Daß der Eigentümer die Eigentümergrundschuld abtreten, verpfänden kann usw., beweist, daß die EG. dem Bestande nach als dem Eigentum gegenüber selbständiges Recht existiert.

9) Die übrigen begrenzten dinglichen Rechte an einem Grundstück, die nach § 889 an den Eigentümer fallen, ruhen ebenfalls ganz für die Dauer der Vereinigung. Nur die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek und die Eigentümerreallast ruhen ebenso wie die Eigentümergrundschuld nur solange, als das Grundstück Rechtsobjekt ist. Denn die Konstruktion von Hypothek und Reallast ist, wie noch ausgeführt werden wird, dieselbe wie die der Grundschuld.

daß die inhaltlich vom Eigentum verschiedenen Rechte gleichwohl, wenn sie durch Rechtsgeschäft entstanden sind, aus dem Eigentum kommen, nämlich aus der im Eigentum enthaltenen Macht zur Begründung dieser Rechte, vermag den ausgeführten Betrachtungen die nötige Grundlage zu verschaffen.

Die Vertreter der Ansicht, daß begrifflich nichts im Wege stehe, neben dem Eigentum eine begrenzte Sachherrschaft des Eigentümers anzuerkennen, geben für diese Ansicht entweder keine zureichende Begründung (Planck,[10]) Dernburg,[11]) Emmerich)[12]) oder sie konstruieren für den in Frage stehenden Fall der Eigentümergrundschuld diese wie die Grundschuld als völlig ruhende Realobligation (Fuchs)[13]) oder erkennen das Eigentum überhaupt nicht als unbegrenzte Sachherrschaft an (Sachau).[14]) Nach Planck (zu § 1197 unter II S. 737) und Emmerich (a. a. O.) ist die Eigentümergrundschuld ein wirkliches Pfandrecht, nach Sachau eine wirkliche Grundschuld (aber mit nur negativen Befugnissen, a. a. O.), nach Dernburg (a. a. O.) eine pfandrechtliche Sachhaftung für eventuelle Schuld, ein Pfandrecht am Grundstück, dessen Wirkungen nur zum großen Teil „gehemmt" seien.

Nach Fuchs (a. a. O.) ist die Eigentümergrundschuld ein wahres Recht, nicht gegen den Eigentümer gerichtet, denn die Realobligation muß hier dauernd ruhen, sondern nur ein Recht gegen nachstehende Gläubiger auf Abwehr.

10) Zu § 889 unter 2 (die Befugnisse, die das Recht gewähre, seien nicht bereits im Eigentume enthalten).

11) S. 726, 689, § 218.

12) S. 28, 29: Für den Fall, daß Eigentümerpfandrecht und andere Pfandrechte an derselben Sache konkurrieren, sei die theoretische Möglichkeit des Bestehens eines begrenzten dinglichen Rechts neben dem Eigentum für den Eigentümer anzuerkennen. Denn in solchem Falle sei das Eigentum dauernd eingeschränkt, weil „viele Einzelrechte dem Eigentümer dinglich wirksam entzogen seien". Mit dem Eigenpfandrecht erhalte er ein solches Recht zurück. Für den Fall der EG., die der Eigentümer für sich bestellt, vermag Emmerich keine Begründung zu geben.

13) Zu § 889 Nr. 5 und S. 520, 522: Nach ihm ist eine Sachherrschaft nur vorhanden, wo sie sich im Besitz der Sache zu äußern vermag (S. 29). Die Grundschuld enthalte daher nicht das Kriterium der Sachherrschaft.

14) S. 52: Das Eigentum sei begrifflich begrenzt. Sachherrschaft sei nur ein wirtschaftlicher Ausdruck (S. 31, 33). Grundschuld und Eigentümergrundschuld seien nur Ausschließungsrechte und richteten sich gegen jedermann (S. 39, S. 60).

Gegner der genannten Ansicht, daß der Eigentümer neben dem Eigentum noch ein besonders begrenztes Recht an eigener Sache und folglich eine wirkliche Grundschuld haben könne, sind insbesondere: Oberneck,[15]) Endemann,[16]) Kindel,[17]) Güthe,[18]) Schneider.[19]) Oberneck konstruiert die Eigentümergrundschuld auf der Grundlage der nicht anerkannten Wertteilstheorie als Eigentumsbefugnis. Die vom Eigentümer für sich begründete Eigentümergrundschuld sei subjektiv „formalisierte", „durch den Mechanismus des Grundbuchs verselbständigte" Eigentumsbefugnis. Objektiv erscheine ein Teil des Vermögensbestandes zur Sondermasse gestaltet. Dieser Wertteil bilde das Objekt der zum Verwertungsrecht verselbständigten Eigentumsbefugnis. Das Wiederanfallen der Grundschuld an den Eigentümer bedeute einen Rückfall in das Eigentum. Infolge des formalen Fortbestandes der Grundkreditbelastung habe jedoch der Eigentümer die Befugnis, über den zugunsten eines anderen ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertteil seines Grundstücks zu verfügen. Die EG. habe folglich ihren Rechtsgrund „materiell-rechtlich in dem Eigentumsrechte, formell-rechtlich in der Einrichtung des Grundbuchs" (S. 24).

Die übrigen Angeführten halten sie für „verstärktes" oder „kenntlich gemachtes und auf die Dauer gegen das Vorrücken nachstehender Gläubiger geschütztes" (Kindel, a. a. O.) oder an „eine feste Rangstelle gebundenes" (Güthe a. a. O.) Eigentumsrecht.

In Wahrheit geht m. E. auch aus den Ausführungen von Hirsch hervor, daß die EG. nicht als wirkliche Grund-

15) GBR. S. 23 ff. in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 366 ff.

16) 1905 S. 735 ff. Die Eigentümergrundschuld sei Eigentumsrecht in der besonders ausgeprägten Gestalt eines Ausschließungsrechts.

17) S. 78 ff.

18) GBO. S. 1576. Nach ihm gilt das System der festen Stellen für das BGB. als materiellrechtliches Prinzip. „Die EH. (EG.) ist das Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Hypotheken- oder Grundschuld-Rangstelle".

19) S. 34. Die EG. bedeute eine „Verstärkung der Eigentumsbefugnis." — Verstärkung insoweit, als sie andere dingliche Rechte beschränke, vgl. auch S. 35, 53 —.

schuld, sondern nur als besondere Eigentumsbefugnis erscheint.

Zwar betont er ausdrücklich, sie sei eine wirkliche Grundschuld, ein wirkliches Pfandrecht. „Sie ist nicht Bestandteil des Eigentums (B. 96), nicht Eigentumsbefugnis, sondern ein selbständiges Recht“ hält er Puntschart entgegen (S. 446). „Denn das Eigenpfandrecht verleiht seinem Subjekt zwei selbständige Befugnisse, die Verfügungsbefugnis und das Erlöswegnahmerecht. Der Eigenpfandgläubiger kann sein Recht abtreten, verpfänden, vermießbrauchen, auf sein Recht verzichten“. „Dies tritt darin deutlich entgegen, daß, wenn der Eigentümer als solcher in der Ausübung der Verfügungsbefugnis beschränkt ist, er trotzdem die Verfügungsbefugnis über die Eigenhypothek frei ausübt. Wird durch einstweilige Verfügung ein Verfügungsverbot in bezug auf das Grundstück erlassen (Z. 938, II; B. 135, 136), so kann der Eigentümer über die EH. trotzdem vollwirksam verfügen“ (S. 446).

Die EG. muß aber als selbständiges Recht auch einen dem Eigentum gegenüber selbständigen und deshalb anders gearteten Inhalt haben, um die besondere Verfügungsbefugnis erklären zu können.

Immerhin vermag ja schließlich eine Erklärung für den Fall, daß die Eigentümergrundschuld nur als besonderes, als verstärktes oder formalisiertes Eigentum aufgefaßt wird, in Ansehung der besonderen Verfügungsbefugnis über das Recht gegeben zu werden. Man müßte freilich die in der Eintragung zum Ausdruck gebrachte „Formalisierung“ des Eigentums als ein Recht für sich betrachten, oder vielmehr „wie ein Recht ansehen“. Denn von einem Recht könnte dann kaum noch die Rede sein, weil es nicht wenigstens ein ruhendes Recht ist, sondern eben nur eine Form. Sieht man sie gleichwohl „wie“ ein Recht an, das nun dem Eigentum gegenüber etwas Selbständiges bedeutet, so kann eben der Eigentümer als Berechtigter dieses „Rechtes“ besonders über dieses „Recht“ verfügen, wobei er als Berechtigter eben eine besondere Rolle spielt.

Dem steht aber andererseits wieder der Einwand entgegen, daß eine Verpfändung der EG. möglich ist, das BGB. aber die Verpfändung einer „Tabularform“ nicht kennt,

sondern nur die eines Rechtes.[20]) Folglich wäre die EG. ein Recht.

Dürfte es deshalb mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen sein, die EG. als eine bloße Form, also nur wie ein Recht, nicht aber als ein Recht zu betrachten, so bleibt eine Erklärung der besonderen Verfügungsbefugnisse solange nicht recht möglich, als die EG. nur als Eigentumsbefugnis, als Eigentum, aufgefaßt wird.

Dieses Ergebnis ist aber nicht sowohl nur den obengenannten Vertretern der letzteren Auffassung, sondern in Wahrheit auch Hirsch selbst entgegenzuhalten. Denn in Wahrheit gibt Hirsch der Eigentümergrundschuld keinen anderen Inhalt als das Eigentum bereits hat. „Der Inhalt des Eigentümerpfandrechts ist kein anderer als der bestimmter Befugnisse des Eigentums." Folglich ist die EG. Eigentumsbefugnis. „Nur sein Rang ist ein günstigerer" (S. 199).

Da indessen Hirsch den Rang als die Folge der Ausschlußkraft eines anderen Rechtes nicht zum Inhalte der begrenzten dinglichen Rechte rechnet (S. 35), so ist also die von Hirsch betonte selbständige Bedeutung der EG. in Wahrheit nur eine Selbständigkeit der „Form" nach. Steht aber der Auffassung der EG. als ein nur formell selbständiges Recht, womit es zur Tabularform würde, das oben erwähnte Bedenken entgegen, so bleibt nur die Erklärung, daß die EG. keine dem Eigentum gegenüber selbständige Bedeutung hat, daß sie gewissermaßen nur eine „Verstärkung", wenn man sich dieses Ausdrucks bedienen will, bedeute, daß die EG. also Eigentum ist.

Begründet der Eigentümer eine EG. für sich, so schafft er nach Hirsch also keine neuen Befugnisse (S. 199). Er begründet also dem Inhalte nach kein neues Recht. Gleichwohl bewirkt er durch Eintragung, daß einer in seinem Eigentum enthaltenen Befugnis, nämlich dem Recht auf Wegnahme des Übererlöses, ein Rang vor dem Eigentum gegeben wird, womit das Wegnahmerecht sich nunmehr auf den Erlös (im Gegensatze zum Übererlös) richtet. Diese Ausschlußkraft, wenn die EG. ein selbständiges formelles „Recht" sein soll, tritt also kraft Gesetzes mit der Eintragung ein. Will man dagegen die

20) Vgl. Horn S. 6.

formale Eintragung der EG. nur als „Verstärkung des Eigentums“ betrachten (die zweite Alternative, die sich hier ergibt), so kann man folglich auch nicht von einer Ausschlußkraft dem Eigentume gegenüber reden, sondern mit Gierke „besagt dann“ die EG. „nicht, daß eine bestimmte Beschränkung des Eigentums besteht, sondern daß eine bestimmte Beschränkung des Eigentums nicht besteht“ (DPR. S. 962, 963).

Zugleich aber mit dem durch Eintragung besonders in formeller Weise kenntlich gemachten Wegnahmerecht am Übererlöse, das gleichzeitig einen bestimmten Rang erhält, wird auch die im Eigentum enthaltene private Veräußerungsbefugnis [21]) (die jedoch vom Eigentümer nicht ausübbar ist) nach außen hin kenntlich gemacht.

Durch die Eintragung werden also Befugnisse des Eigentums in eine bestimmte Form gekleidet.[22])

Die vom Eigentümer für sich begründete EG. ist daher, wie aus den Ausführungen von Hirsch zu schließen ist, entweder formalisiertes oder verstärktes Eigentum, oder aber ein der „Form“ nach selbständiges Recht.

Dasselbe Bild zeigt der Erwerb der EG. durch den Eigentümer: Fällt die EG. dem Eigentümer an, so erwirbt er nach Hirsch Befugnisse, die inhaltlich, weil aus dem Eigentum durch Ausübungsübertragung, durch „Verdoppelung“ von Eigentumsbefugnissen hergeleitet, mit diesen Befugnissen des Eigentümers identisch sind. Besaßen die Pfandrechtsbefugnisse in der Hand des Dritten auch inhaltlich Selbständigkeit, so muß diese m. E. mit dem Augenblick aufhören, wo der Eigentümer mit dem Erwerb des Pfandrechts Befugnisse erwirbt, die er als Eigentümer dem Inhalt nach bereits hat.

21) Nach der Vervielfältigungstheorie von Hirsch ist die nicht ausübbare Ausübungsbefugnis des Gläubigers der EG. nur private Veräußerungsbefugnis. Denn die Zwangsveräußerungsbefugnis ist inhaltlich private Veräußerungsbefugnis, die durch Übertagung der Ausübung (resp. durch Übertragung der EG.) an einen Dritten kraft Gesetzes in die „Form“ der Zwangsvollstreckung gefügt wird.

22) Die man nun weiter als Form betrachten und gleichsam wie ein besonderes Recht behandeln oder aber als bloße „Verstärkung“ des Eigentums ansehen mag.

Denn hier erscheint die Vorstellung, angebracht, daß dem Eigentümer nicht Befugnisse des Ursprungsrechts und inhaltlich gleiche abgeleitete Befugnisse nebeneinander zustehen können, sondern daß die abgeleiteten Befugnisse von dem Ursprungsrecht wieder aufgenommen werden.

M. E. können nur inhaltlich von Eigentumsbefugnissen verschiedene Befugnisse inhaltlich selbständig neben dem Eigentum für den Eigentümer von Anfang an oder nach dem Anfall weiter bestehen, indes ein Ruhen auf der einen oder der anderen Seite stattfindet.

Eine gewisse Vermittlung der bisher erwähnten einander gegenüberstehenden Gruppen von Ansichten unternimmt Gierke.[23])

Denn er betrachtet die EG. als subjektive Eigentumsbefugnis und objektiv vorhandene Grundschuld.

Dingliche Schuld und pfandartige Sachhaftung ruhen also nach seiner Ansicht dauernd, da sie nur objektiv vorhanden sind. Die Haftung sorgt dafür, daß der Eigentümer als Gläubiger dem Range nach Erlös erhält. Dieser gebührt ihm aber kraft Eigentums. Denn soweit ein subjektives Recht vorhanden ist — das ist aber das Recht auf den Erlös —, wird dieses Recht als Eigentumsbefugnis vorgestellt. „Ihm gebührt, wenn es zur Zwangsvollstreckung kommt, der durch sein Pfandrecht ausgeschiedene Wertteil". Das objektiv vorhandene Pfandrecht „reserviert" also gewissermaßen einen Teil des Erlöses für den Eigentümer.

Diese Vorstellung bedeutet einen gewissen Fortschritt gegenüber der Auffassung, daß nur kraft der formalen Eintragung, also nicht kraft eines, wenn auch ruhenden Rechtes, dem Eigentümer der Erlös dem Range nach gebühre. Gleichwohl ruht das Pfandrecht nicht völlig, denn es enthält das subjektive ausübbare Erlöswegnahmerecht.

Ohne die Kombination mit dem Eigentumsrecht konstruieren die EG. gleichfalls als nur objektiv bestehende

23) DPR. § 166. Seiner Ansicht stimmen bei Kretzschmar S. 539; v. Staudinger S. 843, zu § 1177, I, 4.

Grundschuld besonders Hachenburg,[24]) Matthias[25]) und Boehm.[26])

„Die Eigentümerhypothek (EG.) bedeutet den Eintritt der Verpflichtung ohne gleichzeitigen Eintritt der Berechtigung. Die Bindung der Sache durch den Eintrag ohne die Verbindung mit einer begünstigten Person" (Hachenburg S. 524). „Die feste Gebundenheit und Belastung des Grundstücks mit der Pflicht zur Leistung einer bestimmten Geldsumme ist vorhanden und untersteht der Disposition des Eigentümers" (Matthias a. a. O.).

Die Ansicht Puntscharts[27]) weicht von der Gierkes nur insofern ab, als er die dem objektiven Bestande nach vorhandene Pfandhaftung nicht mit einer ruhenden dinglichen Schuld zusammenbringt, sondern die nicht dingliche Schuld erst später bei eventueller Verbindung mit einem dritten Gläubiger zu der damit vollkommen gewordenen Grundschuld hinzutreten läßt.

Die subjektiv-rechtliche Sphäre sei nur Eigentumssphäre, nicht aber existiere ein subjektives Pfandrecht. Die Eigentumsbefugnisse seien „besonders gefärbt und besonders kräftig durch den speziellen Zweck, der die Sache in Haftung versetzt". Das Eigentum sei „subjektiv-rechtlich besonders ausgestaltet nach der rechtlichen Zwecksphäre".

Das Rangieren des Eigentümers mitten unter den Pfandgläubigern bei der Erlösverteilung wird demnach als infolge des rechtlichen „Zweckverbandes" zwischen Person und Sache „zu künftigen Kreditoperationen" des Eigentümers „verstärktes" Eigentum.

Die Operation mit der „künftigen eventuellen Schuld" ist bedingt durch die Auffassung, daß, weil das wirtschaftlich gesicherte Schuldverhältnis bei der EG. noch nicht vorhanden ist, dieses aber die Schuld in der Grundschuld erst ermöglicht, folglich auch noch keine Schuld in der EG. als vorhanden angenommen werden darf.

24) Vorträge S. 523, 24.
25) Matthiaß S. 523.
26) S. 239, 40.
27) Festschr. für v. Amira S. 125 ff., 167, 68.

Puntschart stützt seine Auffassung auf die Untersuchungen Jherings (Jherings Jahrb. Bd. 10 S. 287 ff., 392). Die betonen nachdrücklich die Unmöglichkeit der Annahme eines subjektiven Rechts bei der EG. (EH.). Von einem Recht des Eigentümers, das sich gegen ihn selbst richte, könne begreiflicherweise „nicht die Rede sein". Den Charakter eines Rechts nehme die EG. (EH.) erst an, wenn die Interessen „verschiedener" Personen miteinander kollidierten. Vorher sei nur der objektive Bestand gegeben.

Von dieser Ansicht gehen insbesondere auch Boehm (S. 239, 40) und Hachenburg (Vortr. S. 523, 24) aus, deren Auffassung der EG. als eines rein objektiven Rechts bereits erwähnt wurde.

Gegen diese Auffassung wendet sich namentlich H o r n. Richtig sei an ihr die Hervorhebung des „unvollkommenen" Charakters der Hypothek (Grundschuld); vgl. S. 46. Dennoch beruhe diese Unvollkommenheit nicht in dem dauernden Ruhen des Rechtes beim Eigentümer. Ein teilweises Ruhen sei nur vorhanden; in v o l l e m Umfange nur sei die Ausübung der Rechte des Hypothekar-(Grundschuld-) Gläubigers möglich (S. 47). Dennoch habe der Eigentümer eine wirkliche Hypothek oder Grundschuld und den Worten Plancks sei zuzustimmen: (Planck zu § 1197 S. 737) „Den Inhalt der EG. bestimmt das BGB. nicht durch Aufzählung der der Eigentümer zustehenden Befugnisse, sondern durch Hervorhebung der diesem fehlenden Rechte und gibt dadurch zu erkennen, daß der Eigentümer im übrigen alle Rechte des Grundschuldgläubigers hat, daß sein Recht ein wirkliches Grundschuldrecht ist. Der Eigentümer ist demnach, wie in den preußischen EEG. § 27 ausdrücklich bestimmt war, insbesondere auch befugt, über die Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu übertragen, sowie bei der Verteilung der Kaufgelder infolge einer gerichtlichen Zwangsversteigerung die G. für sich geltend zu machen".

Die Ausführungen Plancks sind auch in der Tat anzuerkennen, nur muß man in dem Recht, „bei der Verteilung der Kaufgelder infolge einer gerichtlichen Zwangsvollstreckung die G. für sich geltend zu machen" auch eine positive, aktive

Befugnis eines Pfandgläubigers erkennen. Nicht aber bloß eine „negative devensive“ gegenüber jüngeren Pfandrechten, wie Horn es tut. Die ruhende Veräußerungsmacht ist eben nicht die alleinige wesentliche Befugnis des Pfandrechts. Daher muß das Recht auf Eigenbesitzergreifung des Erlöses auch solange als Eigentumsbefugnis betrachtet werden, als ein wirkliches Pfandrecht in der Grundschuld nur seinen „Devensivwirkungen nach“ (S. 49, 50) erkennbar ist.

Immerhin hat die Auffassung mehr für sich, daß ein subjektives Recht nur negative Wirkungen äußert, als daß ein objektives (völlig und dauernd während der Vereinigung mit dem Eigentum ruhendes) Recht überhaupt Wirkung beigelegt ist.

Der Konstruktion Puntscharts ähnelt auch die von Schwind's.[28]) Auch er nennt die Eigentümergrundschuld Sachhaftung für eine künftige eventuelle Schuld. Und gleich wie Puntschart findet er, daß die Ansprüche des Eigentümers gegen die Exekutionsmasse nicht Ausfluß eines Haftungsrechts sind. Den Erlös erhalte der Eigentümer vielmehr auf Grund desselben Titels, wie bezüglich der Hyperocha.

Sein Recht sei nur ein „Dispositionsvorbehalt“ an einer bestimmten „Wertquote“. Die (folglich inhaltslose) Haftung komme nur indirekt in Betracht und sei nur Ursache dafür, daß die späteren Pfandgläubiger nicht vorrücken könnten.

Überhaupt neigt aber v. Schwind dazu, die EG. nicht so sehr als eine Verhaftung des Grundstücks für künftige Schuld (er scheint zu erkennen, daß der der Zugriffsmacht entbehrende Begriff der Haftung nicht unbedenklich ist), sondern noch besser lediglich als ein formelles Recht, als eine „Tabularform“ zu betrachten.[29]) Die solle dem Vorrücken späterer Sachhaftungen den Riegel vorschieben und für den Fall der Exekution die späteren am Erwerb der entsprechenden Wertquote verhindern.

Gegen diese Betrachtungsweise sind die auf S. 79, 80 vorgebrachten Bedenken geltend zu machen.

Als Haftung für eine eventuelle Schuld sieht auch Dernburg (a. a. O. § 209, 4) die Eigentümergrundschuld an.

28) v. Schwind a. a. O. S. 145, 46.

29) Dagegen: Bruck a. a. O. S. 129.

Allein das eventuelle Leistensollen erachtet er nicht nur nach einer Verbindung der Eigentümergrundschuld mit einem neuen Gläubiger für gegeben, sondern erblickt es auch in der Zuweisung des Erlöses der Zwangsvollstreckung (dagegen v. Schwind S. 144; Puntschart, Festschr. S. 136). Wer hier Subjekt des Leistensollens sein soll, ist in der Tat nicht einzusehen.

Da Dernburg nicht von einer Sachhaftung redet, so würde seine Ansicht dann eine gewisse Anerkennung verdienen müssen, wenn man seine Haftung als subjektive Zugriffsmacht aufzufassen vermöchte. Das erscheint aber andererseits wieder nicht möglich, weil die Tatsache vorhanden sein muß, daß die künftige eventuelle Schuld nicht erfüllt ist, damit die Haftung subjektive Energie zu äußern vermag. Eine künftige Schuld kann aber nicht gegenwärtig schon erfüllt sein.

So muß man m. E. auch bei der Dernburgschen Ansicht das subjektive Recht der EG. als Eigentumsbefugnis auffassen.

Ebenso wie die Auffassung der EG. als eine Haftung für eventuelle Schuld abzulehnen ist, dürfte auch die Haftung, ob sie gleichwohl ein subjektives Recht bedeutet, für eine bestehende persönliche Schuld ohne vorhandenen Schuldner, wie Dümchen (S. 467) es auffaßt, abzulehnen sein. Jedenfalls solange als Dümchen nicht eine Begründung dieser Ansicht mit einer in der Eigentümergrundschuld enthaltenen „Gläubigerschuld“ gibt. Von einer Begründung sieht er aber überhaupt ab. Erblickt er in der Grundschuld auch ein Leistensollen des Eigentümers, so läßt er daher ohne jede Motivierung dieses Leistensollen weg, wenn z. B. aus der Grundschuld eine Eigentümergrundschuld wird. Von der Vorstellung einer ruhenden Schuld hingegen ist bei ihm nicht die Rede.

Brucks Ansicht (S. 135 ff.) ist schon deshalb nicht zu billigen, weil er einen „ideellen Wertteil“ des Grundstücks formalisiert denkt zum Zwecke der Haftung für eine eventuelle Schuld, bzw. die kraft Gesetzes entstandene EG. als „Zurückgewinnung eines ideellen Wertteiles“, der gehaftet hatte, ansieht.[30])

30) Gegen diese „wirtschaftlichen Phrasen“ Brucks: Horn S. 4, 5. Vgl. ferner Hirsch im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 25 S. 333.

Das Gesetz bezeichnet aber nur das Grundstück als Objekt der EG. Deshalb widerspricht die Auffassung eines ideellen Wertteiles als Objekt des Rechts dem Gesetze. Das Pfandrecht in der EG. zielt allerdings auf einen ideellen Wertteil, aber es belastet ihn nicht. Ein „wirtschaftlicher Begriff" kann überhaupt nicht belastet werden. Da freilich das Pfandrecht, um seinen letzten Zweck zu erreichen, danach strebt, dem Gläubiger an Stelle des belasteten Objekts Geld zu verschaffen, so kann es sein „Objekt wechseln", bis es schließlich das surrogierte Geld selbst ergreift (vgl. Hirsch: Übertr. des Rechts § 17) und sich zuletzt in dem Aneignungsrecht (Wegnahmerecht) zu betätigen vermag.

Solange daher das Pfandrecht noch auf seinem Objekte (wie hier auf dem Grundstücke) ruht, enthält es gleichwohl schon die Voraussetzungen, um dem Gläubiger eventuell später einen Wertteil, der vorläufig nur ideell, in der Vorstellung existiert, zu verschaffen. Insofern kann man sagen, richte sich das Pfandrecht (das in der Eigentümergrundschuld enthaltene Pfandrecht) gegenwärtig auf einen ideellen Wertteil.

Die Hauptansichten über die rechtliche Natur der Grundschuld, die dem Eigentümer zusteht, sind damit hervorgehoben worden. Über weitere Literatur für das ältere Recht vgl. Horn (a. a. O. S. 3 ff.).

Kapitel VI.

Die Anwendung der Grundschuldkonstruktion auf die verwandte Hypothek und Reallast.

Es braucht nicht erst ausgeführt zu werden, daß die Grundschuldkonstruktion auch für die Rentenschuld gilt. Denn die Rentenschuld ist eine Grundschuld, deren Besonderheiten (z. B. das Bekommensollen von Renten in regelmäßig wiederkehrenden Terminen und die notwendige Einigung über eine Ablösungssumme, § 1199 Abs. 2 BGB.) entweder in der Grundschuldkonstruktion oder in wirtschaftlichen Gesichtpunkten (die Ablösbarkeit) ihre Erklärung finden.

Die Konstruktion muß aber auch die Probe ihres Wertes und ihrer Richtigkeit für solche Rechtsinstitute erweisen können, die mit der Grundschuld eng verwandt sind, wie die der Hypothek und die Reallast.

Was zunächst die Anwendbarkeit der Konstruktion auf die Hypothek betrifft, so wird ausgeführt werden, daß die Art der Verwandtschaft beider Rechtsgebilde sie sogar als notwendig erscheinen läßt. Die notwendige Anwendung aber, so wird gezeigt werden, vermag gewisse Besonderheiten der Hypothek, so vornehmlich ihre Selbständigkeit, befriedigend zu deuten.

Aus dem Gesetze ergibt sich eine recht nahe Verwandtschaft zwischen Grundschuld und Hypothek.

Das beweist schon der Umstand, daß die Hypothek in eine Grundschuld und die Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt werden kann (§ 1198). Dazu kommt, daß die (forderungslose) Eigentümerhypothek sich ohne weiteres in eine Eigentümergrundschuld „verwandelt“ (§ 1177 Abs. 1), ohne daß die Verwandlung aber eine Rechtsveränderung bedeutete. Denn ein Vergleich der gesetzlichen Definitionen der Hypothek und Grundschuld ergeben eine völlige Wesensgleichheit beider Rechte, soweit nicht der Zweck, zur Befriedigung einer Geldforderung zu dienen, der Hypothek eine besondere Eigenschaft verleiht.

Diese Eigenschaft aber ist kein Wesensmerkmal in dem Sinne, daß die Hypothek zur „Sicherung“ einer persönlichen Forderung diente.

Wo man in der Literatur von einer „Sicherung“ der Forderung durch die Hypothek mit der Bezeichnung der Hypothek als „akzessorisches“ Recht spricht, wird überwiegend die Parallele mit dem gemeinrechtlichen Begriff der Akzessorietät gezogen. Danach bedeutet die Hypothek ein von der Forderung „abhängiges“ begrifflich „unselbständiges“ Recht, welches mit dem Nichtentstehen der Forderung auch nicht entstehe (es entstehe vielmehr ein anders geartetes Recht: die Eigentümergrundschuld) und mit dem Erlöschen der Forderung zwar nicht untergehe, dafür aber sich in ein anders geartetes Recht (die Eigentümergrundschuld) „verwandle“, und damit aufhöre, Hypothek zu sein. Bleibt gleichwohl, wie auch hier

und da ausdrücklich betont wird, die „Grundstücksbelastung“ dieselbe, obwohl die Hypothek aufhört, Hypothek zu sein, so ist aber eine solche „Verwandlung“ schwer vorzustellen. Und weil der innere Kern des Rechts derselbe bleibt, so ist für diesen künstlich geformten Begriff der Akzessorietät überhaupt kein positiver Halt mehr vorhanden.

Zudem müssen auch die Anhänger dieser „Akzessorietät“ noch gesetzliche Einschränkungen anerkennen; das tun auch besonders Planck (S. 508), Horn (S. 35 Anm. 75); §§ 1138, 1141, 1146, 1180.

Der Begriff der „Akzessorietät“ gab im römischen und gemeinen Recht immer einem Pfandrecht die fast ausnahmslose Bedeutung der Unselbständigkeit in dem Sinne, daß, wenn die Forderung nicht existierte, auch das Pfandrecht nicht bestand (nicht aber verwandelt weiter existierte). Dieselbe Bedeutung hat das akzessorische Pfandrecht im BGB. (Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten). Erscheint es deshalb sehr fraglich, ob der Begriff der Akzessorietät in so modifiziertem Sinne gebraucht werden darf, wie er bei der Hypothek gebraucht wird, so spricht auch gegen die Unterstützung dieser Idee die nicht zu verkennende Tatsache, daß das Gesetz noch so wichtige Ausnahmen von der akzessorischen Natur, falls man von einer solchen im Sinne ihrer Anhänger sprechen will, macht, daß hier nicht etwa der Gedanke gelten kann, die Ausnahme bestätige die Regel.

Schon deshalb verdient m. E. die Ansicht den Vorzug, daß von einer „Akzessorietät“ der Hypothek nicht die Rede sein kann. Diese Ansicht hat zudem die überwiegende Mehrheit für sich.[1])

1) Hachenburg, Beitr. S. 30 ff.; Vertr. S. 508 ff., 545, 537, 538; v. Staudinger S. 634, 635 zu § 1163 unter 2; Maenner, § 66 S. 364; Oberneck, GBR. S. 90; Hypothekenrecht S. 44—46; Biermann S. 300, 301 zu § 1113; Predari S. 214—216; Boehm, GBR. S. 151 VIII zu § 1113 S. 239, im „Recht“ 1901 S. 194 ff.; Crome S. 650 ff.; Bruck S. 151; Endemann, 1900, § 132 Anm. 11 S. 527, 455; Neumann S. 738; Dümchen in Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 363, 64; Stobbe DPR. S. 165 und Anm. 6 daselbst; Matthiaß S. 510, 11, S. 520 unten; Best S. 16 ff.; Mittelstein S. 34 ff.; Grützmann S. 257 ff.; Prot. II Bd. III S. 539; RG. Bd. 63 S. 197 ff. — Dabei ist die extreme Ansicht die, daß die Forderung nur zur Legitimation gehe, so Prot. II a. a. O.; Maenner a. a. O.; Crome, Best, Boehm, Neumann a. a. O. Vielfach ist die Meinung vertreten,

Die Hypothek ist nach der im wesentlichen übereinstimmenden Ansicht der in der Anmerkung genannten Vertreter aus folgenden Gründen nicht akzessorisch: Das Publizitätsprinzip (§§ 891—899) wird auf die persönliche Forderung und die Einreden des § 1137 erstreckt. Die Fiktion einer Forderung beim gutgläubigen Erwerb der Hypothek beweist, daß die Hypothek ohne Forderung auf einen Dritten übergehen kann, trotz des Grundsatzes des § 1153. Die Fiktion ist eben nur ein Rechtsbehelf, aber keine Konstruktion und daher nicht für die Aufrechterhaltung einer Akzessorietät zu verwenden. „Sie spricht ja aus, daß etwas nicht ist und dieses Nichtbestehende darf nicht als ein Wirkliches behandelt werden" (Hachenburg: Vortr. S. 557).

Ferner kann nach § 1180 die Forderung gegen eine andere ausgetauscht werden. Dadurch aber ist eine Übertragung der Hypothek ohne Forderung, wie anderseits ein analoger kraft Gesetzes eintretender Vorgang nach § 1164 Abs. 1 möglich. Schließlich unterstützen auch die Bestimmungen, die lediglich auf die Hypothek, nicht auch auf die Forderung abstellen (§§ 1141, 1146: Kündigung der Hypothek, Mahnung, Verzugszinsen usw.), die Ablehnung der akzessorischen Natur.

Insbesondere aber befürworten die Fälle, in denen eine Hypothek als Eigentümerhypothek (§§ 1163, 1177) ohne Forderung entstehen und bestehen kann, die Auffassung, daß

---

daß die Hypothek nur ein „im wesentlichen" nicht akzessorisches Recht sei, so Biermann a. a. O., oder nur eine „gewisse" Selbständigkeit besitze, so Dümchen, Stobbe a. a. O. — Für die akzessorische Natur sind: Dernburg, S. 684, 85; Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 431, 438, 448: die in der Hypothek enthaltene Grundstücksbelastung sei nicht akzessorisch, sondern nur die Hypothek als solche; ebenso: Turnau-Förster S. 592 zu § 1113. Weitere Anhänger der akzessorischen Natur: v. Schwind S. 112, 13; Fuchs S. 377, 390; Planck S. 508 mit Einschränkungen; ebenso Horn S. 35 Anm. 75. Im übrigen Kretzschmar S. 440 zu § 1113; Enneccerus S. 438. Eine Mittelmeinung vertritt Gierke, DPR. S. 843, 880: die Hypothek sei begrifflich, nicht aber tatsächlich akzessorisch. Das dingliche Recht gewinne eine vom persönlichen Schuldverhältnisse unabhängige Lebenskraft. Die Hypothek könne in Gestalt eines Eigentümergrundpfandrechts nicht mehr bloß trotz Untergangs der Forderung fortbestehen, sondern auch trotz Mangels einer Forderung entstehen. Dazu komme, daß ein Forderungswechsel möglich ist.

die Hypothek kein akzessorisches, sondern ein selbständiges Recht ist.

Die Sicherungshypothek (§ 1184) wird zwar überwiegend als ein akzessorisches Recht betrachtet. Da aber für die Sicherungshypothek auch die Bestimmungen anwendbar sind, die gegen die Annahme einer akzessorischen Natur der gewöhnlichen Hypothek Bedeutung haben,[2]) so steht kein Bedenken entgegen, auch der Sicherungshypothek die akzessorische Qualität abzustreiten, um so mehr, als Sicherungshypothek und gewöhnliche Hypothek ihrem inneren Kerne nach doch dieselben Rechte sind. Natürlich hat hier die Forderung erhöhten Einfluß (vgl. § 1185), ohne aber dem Recht die Selbständigkeit wirklich zu nehmen.

Die Hypothek ist also kein akzessorisches Recht. Sie ist vielmehr ein „begrifflich selbständiges Recht", welches dem Zwecke der Befriedigung einer persönlichen Forderung dient.[3]) Dieser Zweck ist hier aber nicht nur wirtschaftlich, wie bei der Grundschuld, durch besondere Parteiabrede gegeben, sondern vielmehr vom Gesetze zugewiesen. Die Einigung über die Entstehung der Hypothek schließt notwendig die Einigung über ihre Zweckfunktion ein. Andernfalls entsteht keine Hypothek. Soll sie für den Dritten entstehen und bestehen, so muß der genannte Zweck in der Person des Dritten auch gegeben sein. Das ist er aber nur, wenn dem Dritten auch die Forderung wirklich zusteht. Ist der Zweck dagegen in der Person des Dritten nicht gegeben, weil seine Forderung nicht besteht, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu.

Die gesetzlich anerkannte Zweckbestimmung nimmt daher der Hypothek nicht ihre Selbständigkeit. Sie hat nur für das Verhältnis der Hypothek zum Gläubiger Bedeutung, nicht für die rechtliche Natur der Hypothek selbst. Nur in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn man sagt, die Hypothek

---

2) So der Forderungswechsel (§ 1180) und das Übergehen auf den Eigentümer als Eigentümerhypothek (vgl. Biermann S. 404; Hachenburg, Vortr. S. 456; vgl. z. B. auch Gierke, D. P. R. S. 902; v. Staudinger S. 855, 2 b zu § 1180, 877, 3 d zu § 1185; Planck S. 684, 6 zu § 1180, S. 698, 2 c zu § 1185 BGB.

3) Vgl. auch Boehm a. a. O. S. 151; Oberneck, Hypothekenrecht S. 44.

„sichere“ eine persönliche Forderung. Das Gesetz gibt ihr nur die „sichernde Zweckbestimmung“, nicht aber akzessorischen Sicherungscharakter. Deshalb vermag die Hypothek auf eine Forderung übertragen zu werden. Und deshalb vermag auch der gutgläubige Erwerber allein die Hypothek zu erwerben, indes der Erwerb einer gar nicht existierenden Forderung nur fingiert wird, um die Zweckbestimmung aufrechtzuerhalten.

Erweist sich demach die Hypothek als ein begrifflich selbständiges Recht und vermag die Anwendung der Konstruktion einer mit pfandrechtlicher Sachhaftung verbundenen Gläubigerschuld diese Selbständigkeit befriedigend zu erklären, so ist anderseits darauf hinzuweisen, daß diese Konstruktion, die auch noch andere Besonderheiten der Hypothek zu deuten imstande ist, nicht nur geraten, sondern sogar notwendig erscheint.

Denn, geht die Hypothek auf den Eigentümer über, weil infolge des Erlöschens der Forderung der gewollte Zweck erreicht und folglich die Zweckbestimmung gegenstandslos geworden ist, so ist sie durch nichts mehr von der Grundschuld unterschieden. Eine „Verwandlung“ hat in Wahrheit gar nicht stattgefunden. Und dasselbe gilt, wenn sie ihrem rechtlichen Zwecke nicht dienen kann, weil die Forderung noch nicht entstanden ist.

Die Hypothek ist an sich selbständig wie die Grundschuld. Sie ist sogar begrifflich der Grundschuld unterzuordnen, denn sie bedeutet eine besondere Art der Grundschuld, bei der das Gesetz die sichernde Zweckbestimmung ausdrücklich anerkennt.[4]) Und daraus ergeben sich die Abweichungen gegen die allgemeine Grundschuld, die rechtlich nicht einem Befriedigungszwecke dient. Bei der Sicherungshypothek ist die Zweckbestimmung besonders stark ausgeprägt. Aber auch sie ist und wird Eigentümergrundschuld, sobald der Sicherungszweck nicht erreichbar ist oder wegfällt. Das Gesetz hat die Hypothek nur aus wirtschaftlichen Zweckmäßigkeitsgründen vorweggestellt. Denn die Hypothek hat wirtschaftlich viel größere Bedeutung. Dennoch war die Berechtigung der Voran-

4) Nach Oberneck, GBR. S. 90, ist die Verkehrshypothek des BGB. nur eine „im wesentlichen modifizierte Grundschuld“.

stellung der Grundschuld vom logisch systematischen Standpunkte aus anerkannt worden.[5])

Ist aber die Hypothek eine Unterart der Grundschuld[6]) und muß daher die Grundschuldkonstruktion auch notwendig auf die Hypothek Anwendung finden, so vermag anderseits die im Ausgeführten vertretene Grundschuldkonstruktion, ebenso wie bei der Grundschuld selbst, außer der begrifflichen Selbständigkeit der Hypothek auch die Eigenarten zu erklären, daß der Gläubiger die Hypothek als solche kündigen und daß er den Eigentümer als solchen mahnen und in Verzug bringen kann, für dessen Folgen dann das Grundstück haftet (vgl. BGB. § 1146). Und ebensowohl bewährt sich die ausgeführte Grundschuldkonstruktion auch für die der Grundschuld verwandte Reallast.

Die Reallast ist nach § 1105 Abs. 1 BGB. eine „Grundstücksbelastung in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind". Diese Begriffsbestimmung unterscheidet sich von der der Rentenschuld (oder „Rentengrundschuld") nur dadurch, daß an den Berechtigten eine bestimmte Geld-Summe in regelmäßig wiederkehrenden Terminen aus dem Grundstück zu zahlen ist und eine Einigung über den Ablösungsbetrag nicht stattzufinden braucht (§ 1199).

Auf die einzelnen Leistungen finden bei der Reallast wie bei der Rentenschuld die für Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§§ 1107, 1200). Das gesamte Hypothekenrecht der §§ 1113 ff. BGB.

---

5) Vgl. Prot. IV S. 497—500; S. 498: Die Hypothek sei nur eine modifizierte Grundschuld, deren Besonderheit nur darin bestehe, daß sie dem Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung hingegeben sei.

6) Diese Vorstellung wird auch dadurch unterstützt, daß auf die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek die Vorschriften der Eigentümergrundschuld unmittelbare Anwendung finden (§ 1177 Abs. 2). Denn weil hier die sichernde Zweckbestimmung tatsächlich nicht gegeben ist, indem Forderung, Hypothek und Eigentum in einer Person vereinigt sind, so ist die Hypothek eine wirkliche Grundschuld und nicht mehr eine Unterart der Grundschuld. Sie führt hier nur den „Namen" Hypothek und ist nur scheinbar Hypothek, weil auch der Sicherungszweck nur scheinbar gegeben ist.

ist daher anwendbar, soweit es irgendwie für die Hypothekenzinsen in Anwendung kommt.[7]) Schon die letztgenannte Bestimmung spricht für das Vorhandensein einer inneren Verwandtschaft der Reallast mit der Grundschuld (Hypothek und Rentenschuld). Und die Ähnlichkeit der gesetzlichen Begriffsbestimmungen bestätigt das. Soweit die Reallast Unterschiede im Rechtsinhalt aufweist, basieren sie auf wirtschaftlichen Unterschieden. Denn grundsätzlich ist die Reallast keine „Realkredit"-Form. Gleichzeitig aber kann sie auch wirtschaftlich eine völlig gleiche Bedeutung mit der Rentenschuld, die immerhin noch eine Realkreditform vorstellt, erhalten. Das ist der Fall, wenn die Reallast aus Geldleistungen besteht, die persönliche Haftung (§ 1108 Abs. 1) vertraglich ausgeschlossen und eine Ablösungssumme (nach Landesgesetz meist vorgeschrieben) bestimmt ist.

Dann besteht wirtschaftlich überhaupt kein Unterschied gegen die Rentenschuld,[8]) man müßte ihn denn in der Regelmäßigkeit der wiederkehrenden Leistungen bei der Rentenschuld erblicken. Denn in diesem Falle dient auch die Reallast dem Realkredit.

Differenzierungen in wirtschaftlicher Hinsicht sind erst vorhanden, wenn die Last aus Nicht-Geldleistungen besteht; insbesondere wenn die persönliche Haftung des Eigentümers nicht vertraglich ausgeschlossen ist. Unter solchen Umständen ist keine Form des Realkredits mehr vorhanden. Das Recht erscheint vielmehr wie ein Nutzungsrecht.[9])

---

7) Vgl. Dümchen in Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 520; Fischer-Henle I zu § 1107. Unter diesen Vorschriften sind nicht nur solche zu verstehen, die ausdrücklich von den Zinsen handeln, sondern auch diejenigen, die Kapital und Zinsen gleichmäßig berücksichtigen. Vgl. Planck a. a. O. S. 500 unter 5 zu § 1107 und unter 3 zu § 1107; ebenso Dümchen a. a. O. S. 420; anderer Meinung Kretzschmar a. a. O. S. 428.

8) Vgl. Kretzschmar, Sachenrecht S. 425 zu § 1105 BGB.

9) Daß die Konstruktion Gierkes, D. P. R. S. 712, mit Hilfe der dinglichen Schuld nicht zutreffend ist, ist für die Grundschuld ausgeführt worden. Wie die dingliche Schuld der Reallast als durch Sachhaftung gesichertes Nutzungsrecht gedacht werden soll, ist nicht einzusehen. Denn Nutzungsrechte sind rein dingliche Rechte und können folglich nicht als dingliche Schulden gedacht werden. Die Realast erscheint nur als Nutzungsrecht, sie ist es wirtschaftlich meist, aber nicht juristisch.

Die Normierung der neben der dinglichen bestehenden persönlichen Haftung trägt dem wirtschaftlichen Zwecke aber auch allein Rechnung, obwohl es den Anschein hat, als gehöre sie zum wesentlichen Inhalt des Rechts. Sie ist kein begriffliches Wesensmerkmal und darum auf die Konstruktion ohne Einfluß.[10]) Sie fehlte auch regelmäßig im älteren Recht.[11]) Ist aber die persönliche Haftung nicht vertraglich ausgeschlossen, so „haftet" der Eigentümer nicht nur persönlich, sondern er „soll auch leisten". Denn das Leistensollen dessen, der dem Gläubiger eine Schuld einräumt, ist dann begrifflich nicht zu entbehren, wenn dem Gläubiger eben mit der persönlichen Haftung die materielle Zugriffsmacht gegen die Person des Schuldners und damit gegen deren Vermögen eingeräumt wird (vgl. Kapitel III S. 32). Außerdem ergibt der Sinn des Wortes „haften" nach dem Gesetze die Notwendigkeit der Annahme einer Schuld des Eigentümers. Denn die moderne Bedeutung des Wortes „persönliche Haftung" beruht auf der Ausbildung des Grundsatzes, daß der Hafter auch schuldet und der dadurch verursachten Vermischung der Begriffe Haftung und Schuld. Das bloße Wort „persönliche Haftung" bedeutet nach der Auffassung des modernen Rechts eben: durch Vollstreckung in das ganze Vermögen erzwingbare Personenverpflichtung.

Wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechen auch die Ausschaltung der Verbriefung des Rechts und die Zulassung als subjektiv dingliches Recht (§ 1105 Abs. 2). Die gesetzlichen Abweichungen gegenüber der Rentenschuld tragen daher lediglich wirtschaftlichen Momenten Rechnung und finden folglich in ihnen eine hinreichende Erklärung. Darum braucht die Konstruktion diese Punkte nicht zu berücksichtigen.[12])

Stimmen aber die wesentlichen Besonderheiten der Real-

---

10) Vgl. v. Staudinger, III S. 617 zu § 1118 unter 1 a; Dümchen in Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 357; Gierke D. P. R. S. 710; Kretzschmar Anm. 1 zu § 1108; Planck III Vorbem. 2 vor § 1105 und 5 zu § 1105.

11) Vgl. Gierke, D. P. R. S. 726.

12) Über die nahe Verwandtschaft der Reallast mit dem „Grundpfandrecht" vgl. Dümchen a. a. O. S. 357, 58 und die Literatur dort in Anm. 2; er konstruiert die Reallast (wie die Grundschuld) als ein Leistensollen des Eigentümers, verbunden mit dinglicher Sachhaftung (S. 361).

last mit denen der Grundschuld, Rentenschuld und Hypothek überein, so ist die Unterscheidung von Schuld und Haftung auch für die juristische Struktur der Reallast von grundlegender Bedeutung. Auch sie erscheint als ein zusammengesetztes Recht:[13]) für ein reines Bekommensollen von Geld oder anderen Leistungen haftet dem Gläubiger das Grundstück, neben welcher Haftung eine persönliche Haftung des Eigentümers einhergeht.[14])

Gerade die Aufnahme des Rechtszustandes des Bekommensollens vermag hier als eine Schuld, die dem Gesetze nicht widerspricht, die Eigenart sehr wohl zu deuten, daß die Leistungen andere als Geldleistungen sein können. Ist in solchen Fällen die persönliche Haftung ausgeschlossen, so könnte man schwerlich von der Reallast als einem rein dinglichen Recht, etwa einem Verwertungsrecht oder gar Pfandrecht, reden.

Die Gläubigerschuld umfaßt gewissermaßen eine Einheit, deren Glieder die wiederkehrenden Leistungen sind.[15]) Die „Ausübung" des Gläubigerrechts durch Haftungsrealisierung beschränkt sich jedoch auf die einzelnen Leistungen, soweit sie fällig sind, als die Glieder der Einheit. Für die Einheit, wie für die Einzelleistungen haftet das Grundstück d i n g l i c h.[16])

Denn der Gläubiger übt dadurch eine unmittelbare Sachherrschaft aus, daß er das Grundstück für den Fall des „Nichtbekommens" im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert und den ihm gebührenden Teil des Erlöses sich aneignet.

Kann nach Reichsrecht der Gläubiger nur wegen fälliger E i n z e l leistungen die Zwangsvollstreckung betreiben, so be-

13) Über die Verwandtschaft und die Idee einer einheitlichen juristischen Konstruktion vgl. Pflüger im Arch. f. zivil. Prax. Bd. 81 S. 303, er verwendet die Konstruktion der „dinglichen Forderung". Für eine einheitliche Konstruktion („Realobligation") vgl. auch Siber (Rechtszwang S. 155, 205).

14) Neuerdings sprechen sich gelegentlich für die Konstruktion der Reallast (wie für Grundschuld und Rentenschuld) als mit Sachhaftung verbundene Gläubigerschuld auch aus: v. Schwerin, Schuld und Haftung S. 20, 25, 27; Strohal in Jherings Jahrb. Bd. 57 S. 283.

15) Vgl. Dümchen a. a. O. S. 422.

16) Vgl. Pflüger a. a. O. S. 327; Planck a. a. O. S. 489, 5 zu § 1105; Kretzschmar I, zu § 1105.

steht gleichwohl die dingliche Haftung des Grundstücks auch wie für die „Last im ganzen“. Äußert nämlich der Gläubiger seine Zugriffsmacht in der Verwirklichung der Grundstückshaftung wegen einer fälligen Einzelleistung, so erlischt die Reallast (d. i. das ganze Recht), und an ihre Stelle tritt der Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlös[17]) (ZwVG. §§ 44, 91, 92 Abs. 1).

Das Grundstück steht dann in der Tat für das Bekommensollen der ganzen Leistungseinheit dinglich ein, wiewohl der Gläubiger sein Recht nur in Hinsicht auf eine einzelne Leistung ausüben konnte.

Nach Gierke (DPR. S. 712 und Anm. 43 daselbst) besteht keine selbständige Sachhaftung für die Leistung im ganzen. Sie sei nur subsidiär gegeben und träte nur z. B. bei der Zwangsversteigerung hervor. Dies ist jedoch kein Beweis dafür, daß die selbständige Sachhaftung für die Reallast im ganzen nicht von vornherein existiert. Denn nur ihre Ausübung, aber nicht ihre Existenz ist bedingt durch einen äußeren Vorgang wie die Zwangsversteigerung.

Da ferner ebenso wie bei der Grundschuld (Rentenschuld) und Hypothek die dingliche Sachhaftung die Befugnisse enthält, das Grundstück zu veräußern und den entsprechenden Teil des Erlöses sich anzueignen, so erscheint dieses Zugriffsrecht daher ebenfalls als Pfandrecht, indem es die wesentlichen Merkmale dieses Rechts enthält.

Steht die Reallast dem Eigentümer zu (§ 889), so ist die Rechtslage entsprechend der Rechtslage bei der Eigentümergrundschuld gestaltet (vgl. Kap. V, S. 72 ff.). Der Rechtsinhalt ist also derselbe wie der der gewöhnlichen Reallast. Nur die Ausübung des Rechts ist teilweise (resp. zeitweise) beschränkt.

17) Ein weiterer Beweis liegt in der Möglichkeit für den Gläubiger, bei einer ablösbaren Kreditreallast wegen des „Rechtes selbst“ die Versteigerung zu betreiben. Vgl. Kretzschmar a. a. O. S. 427, 3 zu § 1107.

Kapitel VII.

Anwendung der Grundschuldkonstruktion auf den Fall der infolge von Nichtvalutierung nicht liquidierten Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren.

Die in den obigen Ausführungen vertretene Grundschuldkonstruktion soll nun auch noch vor eine praktische Probe gestellt werden.

Dazu wird ihre Anwendbarkeit zu dem Versuche der Lösung eines Falles in Angriff genommen werden, der das Reichsgericht beschäftigt hat.

Der besagte Fall liegt der Entscheidung vom 8. März 1905 (RG. 60 S. 251) zugrunde. Wenn zwar auch eine ganze Anzahl von Versuchen unternommen wurde, die Entscheidung entweder zu unterstützen oder aber vielmehr zu bekämpfen, so dürften gleichwohl kaum positive absolut befriedigende Resultate gewonnen sein. Indes wird der von dem Reichsgericht eingenommene Standpunkt trotz einer Anzahl, wenn auch meist nur kurz gehaltener gegnerischer Einwendungen, in dem Kommentar der Reichsgerichtsräte (a. a. O. Erl. 1 zu § 1192) auch weiter festgehalten.

Die Schuld trug wohl vor allem die meist nicht hinreichend erfolgte Würdigung des rechtlichen Wesens der Grundschuld. Daher vermochte mit Bestimmtheit auch das Reichsgericht nicht zu sagen, was aus der Grundschuld nach Erteilung des Zuschlags in der Zwangsversteigerung infolge der Surrogation geworden sei.

Der Entscheidung liegt der Fall zugrunde, daß der Gläubiger nach Erteilung des Zuschlags im Verteilungstermin, durch den die Grundschuld, weil nicht im geringsten Gebot enthalten, erloschen ist (§§ 52, 91 ZwVG.), nur zu einem Teilbetrage liquidiert, nämlich insoweit als die Grundschuld valutiert ist.

Es entsteht die Frage, wem der nicht liquidierte Betrag gebührt, dem Eigentümer, oder dem nächsten ausfallenden (nachstehenden) Hypothekengläubiger. Die zweite Alternative wird von der Entscheidung begünstigt.

Das Urteil geht von der richtigen Erkenntnis aus, daß, soweit die von der Grundschuld wirtschaftlich gesicherte Forde-

rung nicht zur Entstehung gekommen (bzw. wieder erloschen), keine EG. entstanden ist. Das folgt aus der Unanwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld.

Dieser Ansicht ist auch entschieden beizutreten.

Denn die persönliche Forderung, zu deren Befriedigung die Hypothek rechtlich dient, ist zwar regelmäßig auch zu Sicherungszwecken mit der Grundschuld verknüpft. Die Zweckverbindung hat aber — und das wurde auch in den bisherigen Ausführungen betont — nur wirtschaftlich eine sichernde Bedeutung, während sie rechtlich nur als Begründungsmotiv in Betracht kommen kann.

Mag daher zur Zeit des Zuschlags die Forderung nur teilweise oder überhaupt nicht vorhanden sein, der Gläubiger ist Gläubiger der Grundschuld, aktiv legitimiert und berechtigt, sein Recht geltend zu machen.

Durch den Zuschlag ist die Grundschuld aber nun „erloschen“ (§§ 51, 91 ZwVG.).

An die Stelle der Grundschuld ist nach Ansicht des Reichsgerichts infolge der Surrogation ein „anders geartetes Recht“ getreten (vgl. auch RG. 55, 260).

Dieses anders geartete Recht soll ein Recht „auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse“ sein. Das wird vom Gläubiger, also von dem bisherigen Grundschuldgläubiger, nur zu einem Teile liquidiert.

Die Entscheidung stellt anheim, ob in der Liquidationserklärung ein Verzicht auf den nicht liquidierten Betrag zu ersehen sei. Wäre es der Fall, so träfe er gleichwohl keine Grundschuld mehr und aus diesem Grunde seien auch die Grundschuldvorschriften (§§ 1168, 1192, I) nicht mehr anwendbar. Jedenfalls „falle die Grundschuld insoweit ins Leere“, als nicht liquidiert werde.

In Höhe des nicht liquidierten Betrages werde daher der mit dem „Befriedigungsanspruch“ eines jeden Hypotheken- (Grundschuld-) Gläubigers „bestrickte“ Versteigerungserlös für die übrigen berechtigten (nachstehenden) Gläubiger frei.

Der Ausdruck: „die Grundschuld falle ins Leere“ beweist aber ebensowohl, wie auch das „anders geartete“ Recht „auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse“, daß nicht klar

ist, um was für einen Rechtsvorgang es sich handelt, was eigentlich für Rechtsbeziehungen und zwischen wem Rechtsbeziehungen überhaupt bestehen.

Daneben kommt wieder eine richtige Erkenntnis zum Durchbruch, wenn infolge der Surrogation der „ganze Versteigerungserlös" mit dem Befriedigungsanspruche „bestrickt" gedacht wird.

In diesen Worten scheint die Vorstellung sich Bahn zu brechen, daß eine pfandartige Haftung des Erlöses an Stelle des Grundstücks vorhanden sei.

An dieser Stelle mögen die in den bisherigen Untersuchungen erzielten Ergebnisse eingesetzt werden. Zugleich sollen die von Hirsch für die Erkenntnis der „Wandlungsfähigkeit" des Pfandrechts gewonnenen Resultate, soweit sie sich mit den hier vertretenen Grundschuldkonstruktionen vereinbaren lassen, Verwendung erfahren. Zu diesem Zwecke ist auf das Surrogationsprinzip des Zwangsversteigerungsgesetzes kurz einzugehen.

Dieses Prinzip ist auch vom Reichsgericht anerkannt worden (vgl. RG. 55, 260; 60, 251).

„Der Entwurf I sprach dies (das Surrogationsprinzip) im § 140 Abs. 1 ausdrücklich als Grundsatz aus . . . und die Kommission II hat den Satz nur deshalb gestrichen, weil er sich aus anderen Vorschriften des Gesetzes (§§ 10, 37 Nr. 5, 109, 110, 118) von selbst ergebe (RG. 8. VII. 08; JW. 08, 556)." (Vgl. Jaeckel-Güthe, Zwangsversteigerung S. 366 zu § 92 I, 1.) [1])

Da der Erlös aber zur Zeit der Erteilung des Zuschlags regelmäßig noch nicht an das Gericht gezahlt sein wird, so muß gleichwohl ein anderer Gegenstand an die Stelle des Grundstücks treten.

Das ist aber die F o r d e r u n g des Subhastaten gegen den Ersteher.[2])

---

1) Vgl. ferner besonders Reinhard, ZwVG. S. 457 zu § 92, I, II; Fischer-Schaefer, Zwangsvollstreckung S. 328 ff. zu § 92, I; Wolff, Zwangsversteigerung S. 278 zu § 92, I.

2) Vgl. v. d. Pfordten, Zwangsversteigerung S. 271 zu § 92, I; Samter, Zwangsversteigerung S. 57, 58; Reinhard, ZwVG. S. 455 zu § 91, S. 218, 19 zu § 44, I, 3.

Die durch den Zuschlag erloschenen Rechte setzen sich daher, soweit sie nicht bestehen bleiben sollen, an dieser Forderung fort[3]) und erlöschen daher nicht schlechthin, sondern „am Grundstück". Die Forderung bildet daher, solange der Erlös nicht an das Gericht gezahlt ist, das surrogierte Belastungsobjekt und erscheint daher insofern als „Versteigerungserlös".[4])

Sie bildet das „Pfandobjekt zur Sicherung der Ansprüche der bisherigen Hypotheken- (Grundschuld-) Gläubiger".[5]) Sie ist mit einem „(Forderungs-) Pfandrechte für die Ansprüche der Beteiligten belastet, welche für ihre erloschenen Rechte an dem Grundstück einen Anspruch auf Zahlung eines Teils des baren Versteigerungserlöses haben".[6])

Samter kommt mit dieser Auffassung der Forderung als Pfandhaftungsobjektes für die Realgläubiger fast einer Auffassung nahe, die im folgenden gebilligt werden wird. Aber seine Vorstellung ist gleichwohl nicht einwandfrei. Das Pfandrecht an der Forderung besteht „für die Ansprüche der Beteiligten . . . auf Zahlung eines Teils des baren Versteigerungserlöses, zur Sicherung ihrer Ansprüche" (S. 59).

Die Rechte am Grundstücke der bisherigen Realgläubiger haben sich nach Samter durch den Zuschlag in einen Anspruch auf Zahlung des Erlöses umgewandelt. Für diese Ansprüche entsteht kraft Gesetzes infolge der Surrogation ein Sicherungspfandrecht. Anders ist diese Auffassung nicht zu deuten.

Einwandfrei hingegen dürfte die Darstellung von Hirsch sein auf Grund der Wandlungsfähigkeit der Pfandrechte.[7])

Die gesetzliche Surrogation ist als ein Beweis der „Wandlungsfähigkeit" der Pfandrechte zu betrachten. Sieht man die Grundschuld, die Rentenschuld und die Hypothek für Pfandrechte an, so folgt, daß sie mit erteiltem Zuschlag

3) v. d. Pfordten a. a. O.; Samter a. a. O.

4) Vgl. auch Hirsch, Übertr. d. R. S. 377.

5) Vgl. Samter a. a. O.

6) Samter a. a. O.

7) Hirsch S. 378. Gegen Hirsch: ohne aber m. E. überzeugende Gründe, Strohal in Jhering 59 S. 158, 59.

ihren Gegenstand, das Grundstück „wechseln". Ist der Gegenstand zunächst die Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher auf Zahlung des Erlöses, so setzen sie sich an der Forderung fort und erscheinen daher als Forderungspfandrechte (und wenn der Erlös gezahlt ist, als Geldpfandrechte), die aber nun doch nicht allen Regeln des Forderungspfandrechtes zu unterstellen sind (Hirsch S. 305), insoweit eine Abweichung durch die besondere Regelung des Zwangsversteigerungsverfahrens bedingt ist.

Das Gläubigerrecht ist also im Kerne dasselbe geblieben und erscheint nur infolge des veränderten Objekts in veränderter Gestalt.

Aus den Ausführungen von Hirsch (S. 401): Durch die Surrogation ändere sich grundsätzlich nur der Gegenstand, nicht auch Rang und Inhalt der dinglichen Rechte. Ihr Inhalt ändere sich nur insoweit, wie es die Änderung des Gegenstandes erheische, folgert Güthe (Zeitschr. f. Notarverein 1911 Heft 10 S. 732), daß beispielsweise die Grundschuld deshalb Grundschuld bleibe.

Dieser Folgerung ist nicht zuzustimmen. Denn bedingt der Wechsel des Gegenstandes eine „gewisse" Änderung im Recht, so kann auch das Recht nicht eine Grundschuld bleiben. Das Recht bleibt nur in seinem wesentlichen Inhalte dasselbe. Daher sind die Vorschriften nicht mehr anwendbar, die gelten, solange dem Recht gewisse besondere Eigenschaften, die indes seinen grundsätzlichen wesentlichen Inhalt nicht berühren, verliehen waren, weil das Grundstück Rechtsobjekt war.[8])

Die Anwendung des Ergebnisses von Hirsch auf den zur Erörterung stehenden Fall vermag indessen gleichwohl noch nicht völlig zu befriedigen.

Hirsch muß die Liquidierung auf nur einen Teilbetrag als „Verzicht" auf das Pfandrecht, soweit es in Höhe dieses Betrages die Forderung oder den Erlös ergreift, konstruieren. Denn das Pfandrecht ist ein absolutes Recht. Der Verzicht ist dem Subhastaten gegenüber zu erklären, denn er ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Ist er ihm

8) Gegen Güthe auch Strohal a. a. O. S. 159.

gegenüber erklärt, so wird folglich die pfandbestrickte Forderung (oder der Erlös) zugunsten der nachstehenden Gläubiger frei.

Diese Lösung wäre vom rechtlichen Standpunkte aus befriedigend, wenn die Erklärung auch wirklich dem Subhastaten gegenüber abgegeben würde. In Wahrheit aber ist das Gericht der Empfänger der im Verteilungstermine abgegebenen Erklärung. Dieses aber müßte als Vertreter des Subhastaten aufzufassen sein, was seiner öffentlichrechtlichen Beziehung zu den beteiligten Personen widerspricht. Es bleibt nur übrig, das Gericht als öffentlichrechtliches „Ausübungswerkzeug" des Subhastaten zu betrachten, eine Möglichkeit, die Hirsch indessen selbst nicht weiter untersucht,[9]) welche Untersuchung auch wohl mit einem gekünstelten Ergebnis abschließen würde.

Über diesen Punkt kommt Hirsch daher ohne weiteres nicht hinweg. Und solange darf man auch den vorstehenden Fall nicht als rechtlich völlig befriedigend gelöst betrachten.

Irgendwelche Schwierigkeiten vermeidet aber die Anwendung der hier vertretenen Grundschuldkonstruktion.

Mit dem Erlöschen des Zuschlags ist an Stelle des Grundstücks die Erlösforderung (oder der Erlös selbst) Haftungsobjekt geworden.

Gläubigerschuld und Pfandhaftung sind nun nicht mehr in der Eintragung als ein nach außen hin einheitlich erscheinendes Recht zusammengehalten, da die Eintragung nun keine rechtliche Bedeutung mehr hat.[10])

Analog wie eine durch Sachen- oder Rechtspfand gesicherte Forderung wird nunmehr die Gläubigerschuld durch das zum Rechts- (oder Sach-) pfandrecht gewordene Haftungsrecht weiter gesichert. Waren Gläubigerschuld und Pfandhaftung als Grundschuld ein „zusammengesetztes" Recht, so ist ihre einheitliche Verbindung nach außen von dem Moment an gelöst, wo ein anderer Gegenstand Haftungsobjekt wird.

Das Pfandrecht setzt sich an der Erlösforderung und schließlich am Erlöse selbst fort. Dieser haftet dann am Ende

9) S. 379 Anm. 3.

10) Vgl. auch die Ausführungen in Kapitel III S. 117.

für die Gläubigerschuld, die ja noch immer nicht erfüllt ist, weil der Gläubiger noch nicht bekommen hat, was er bekommen sollte. Erst wenn er den Ersatz durch Erlösaneignung sich verschafft hat, erlöschen damit auch Schuld und Haftung zu gleicher Zeit.

Liquidiert nun aber der Grundschuldgläubiger im Verteilungstermine nur zu einem Teilbetrag, so hat seine Erklärung folgende Bedeutung: Er gibt zu erkennen, daß er Gläubiger der durch Sachhaftung gesicherten Gläubigerschuld nur zu dem Teile sein will, der auch mit Valuta belegt war.

Will er aber, wie er erkennen läßt, nur so weit Gläubiger sein, als das Bekommensollen auf einem rechtlichen Grunde basiert, so will er folglich damit auch anderseits insoweit nicht Gläubiger sein, als sein Recht ohne rechtlichen Grund besteht.

Da indes der Gläubigerschuld kein Schuldner gegenübersteht und nach Erteilung des Zuschlags die Gläubigerschuld auch keine Grundschuld-Gläubigerschuld mehr ist, so genügt ein bloßer Willensakt, um sich dieser Schuld ganz oder teilweise zu begeben. Soweit er nurmehr Gläubiger sein will, soweit ist er es auch nur, und insoweit besteht auch nur die Schuld und folglich auch die Haftung, während im übrigen Schuld und Haftung erloschen sind.

Der Willensentschluß aber kommt in der Liquidationserklärung zum Ausdruck.

Er macht kenntlich, inwieweit der Gläubiger Gläubiger der Schuld und damit auch der Haftung sein will. Soweit er sich notwendig auch damit zugleich aber eines Teiles der Gläubigerschuld „begeben“ hat, insoweit ist sein Pfandrecht auch erloschen. Das besteht an der Erlösforderung oder an dem Erlöse nur noch in der Höhe weiter, als auch die Schuld noch besteht.

Soweit der Erlös infolgedessen von der Pfandhaftung befreit ist, insoweit muß auch der Erlös zugunsten der nachstehenden Gläubiger frei werden. Die nachstehenden Gläubiger rücken vor.

Dieses Ergebnis stimmt mit dem reichsgerichtlichen Er-

gebnis überein. Es vermag sich auf einer in ihren Phasen zu übersehenden und folgerichtig weiter entwickelten Rechtslage zu behaupten, und braucht keine künstliche Auslegung der Liquidationserklärung wie auch nicht die Annahme einer Stellvertretung des Gerichts usw.

Damit ist zugleich die Zuhilfenahme eines die Erkenntnis des rechtlichen Vorgangs verschleiernden Ausdruckes wie: „Die Grundschuld fällt ins Leere“ durch eine rechtliche Konstruktion ersetzt.

Die Literatur stimmt nur teilweise mit dem Ergebnis des Reichsgerichts überein. Hier sind zu nennen: Abraham (Holdheims Monatsschr. S. 182), du Chesne (Zeitschr. für Bayern S. 257 ff.), Landsberg (Posener Monatsschr. S. 79), Oberneck (Gruchots Beiträge Bd. 50 S. 575).

Eine bessere Begründung, als das Reichsgericht gebracht hat, vermögen sie aber nicht zu geben. Sie bringen teilweise Änderungen, ohne die Rechtslage indessen schärfer herauszuarbeiten.

So vermag du Chesne das „Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse“ nur in verschwommenen Umrissen zu erkennen, als ein Recht, „das zwar keine privatrechtliche Form hat und weder dingliches Recht, noch Anspruch im privatrechtlichen Sinne ist, unzweifelhaft aber besteht, und Rechtswirkungen äußert und gepfändet werden kann . . .“ (S. 258).

Oberneck stimmt der Entscheidung nur bedingt und insofern zu, als sie richtig sei, für den Fall, daß die Wertparzellentheorie für das heutige Recht nicht anerkannt werde. Finde zwar der § 1163, I keine entsprechende Anwendung, so sei dies dagegen bei § 69 der Fall. Danach könne der Eigentümer vom Grundschuldgläubiger Verzicht verlangen.

Die Begründung des Reichsgerichts bemängelnd stimmt im Ergebnis auch Nissen zu (Jur. Wochenschr. S. 803, 804).

Im übrigen werden teils rechtliche, teils Zweckmäßigkeitsgründe der besagten Entscheidung entgegengebracht.

Ein Teil der Gegner befürwortet die Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld und läßt eine Eigentümergrundschuld entstanden sein, soweit die gesicherte Forderung

nicht besteht. Zu ihnen gehören: Jaeckel (in Gruchot Bd. 50 S. 604), Güthe (DJZ. S. 931 ff.), Hachenburg (DJZ. S. 297, 298). Auf andere Weise versucht man sonst noch, dem Eigentümer den Betrag zuzuweisen.

So nimmt Eccius bei der Nichtliquidierung zwar keinen Verzicht an. Die streitige Summe sei jedoch bis auf weiteres zu hinterlegen. Nach erfolgter Zession des Rechts auf Befriedigung aus dem Erlöse auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung vom Gläubiger an den Eigentümer könne dieser die Summe beanspruchen, während zur Zession der Gläubiger verpflichtet sei.

Wie Eccius entscheidet auch Siehr (Diss. S. 62) für den Fall, daß nur eine einfache Liquidation vorliege. Handele es sich hingegen um einen ausdrücklichen Verzicht, so sei der § 1168 entsprechend anwendbar (S. 66, 67), denn ein innerer Grund zu verschiedener Behandlung des Verzichts vor dem Zuschlag und nach dem Zuschlag sei nicht ersichtlich. Die Hypotheken- (Grundschuld-) Vorschriften seien vielmehr auch auf das Recht zur Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse allgemein anwendbar.

Neumann (JW. S. 154) erblickt in der Nichtliquidation einen stillschweigenden Verzicht des Gläubigers über das formell bestehende Grundschuldrecht zugunsten des Bestellers. Die Grundschuld entstehe aber, falls die Parteien es beabsichtigten, immer nur jeweils nach Maßgabe der fortschreitenden Valutazahlen, eine Ansicht, der keineswegs beigetreten werden kann. Einen stillschweigenden Verzicht nimmt auch Weidemann an (DJZ. S. 1003). Einer Form bedürfe dieser nicht, weil die Hypothekenvorschriften nach Erteilung des Zuschlags auf das Recht auf den Versteigerungserlös nicht mehr anwendbar seien. Unentschieden verhält sich Planck, dem das reichsgerichtliche Urteil bedenklich erscheint, weil der obligatorische Anspruch des Eigentümers gegen den Gläubiger aus ungerechtfertigter Bereicherung (Verzicht oder Übertragung) den nachstehenden Gläubigern nicht zugute komme.

Nach Turnau-Förster (S. 1069 Jahrg. 1906) enthält die Nichtliquidation eine Erfüllung der Verpflichtung zur Übertragung des nichtvalutierten Teiles aus ungerechtfertigter Be-

reicherung. — Die Gegner der reichsgerichtlichen Entscheidung kommen zu ihrer ablehnenden Haltung meist aus der Erwägung heraus, die inbesondere Jaeckel betont: Daß der Umstand, ob der Gläubiger liquidiere oder nicht liquidiere, für die Rechtsstellung der nachstehenden Gläubiger einen Unterschied mache, so daß sie aufrückten, wenn er nicht liquidiere, daß sie nicht aufrückten, wenn er liquidiere, ohne daß sie in der Lage seien, dieses Liquidat zu beseitigen (vgl. Jaeckel, Gruchot Bd. 50 S. 607). Aus diesem Grunde insbesondere ist der Versuch unternommen worden, die Nicht-Liquidation zugunsten des Subhastaten auszulegen. In dieser Hinsicht sind die neueren Untersuchungen von Strohal (in Jherings Jahrb. Bd. 59 S. 149 ff.) hervorzuheben. Eine Lösung des Problems versucht er mit Hilfe einer analogen Anwendung des § 1169. Mit der Entstehung der peremptorischen Einrede gegen den hypothekarischen Anspruch des Gläubigers habe der Eigentümer auch gegen den Anspruch des Gläubigers der Grundschuld eine unbedingte „Anwartschaft" darauf, daß das „dem Hypothekengläubiger (Grundschuldgläubiger) formell noch zukommende Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück durch diesen Verzicht" (§ 1169) ihm überantwortet werde (S. 182, 183, 193). Erklärt der Grundschuldgläubiger, daß er die Grundschuld für sich nicht liquidiere, weil er sie nicht valutiert habe, „so bringt er damit zum Ausdruck, daß er durch Inanspruchnahme des auf die Grundschuld entfallenden Erlösanteils eine ungerechtfertigte Bereicherung perfizieren würde, sich demgemäß für verpflichtet halte, ihn freizugeben, in dieser Erklärung seiner Verpflichtung entsprechen wolle" (S. 185). Gewisse Rechtssätze des Grundschuld- und Hypothekenrechts seien eben auf „das Recht zur Befriedigung aus dem Erlöse" in Anwendung zu bringen. Das seien die auf die Frage sich beziehenden liegenschaftrechtlichen Vorschriften, „auf wen eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, nach Wegfall des bisher Berechtigten von Rechts wegen übergeht" (S. 186).

Die hier erörterten Untersuchungen können diesen und den zum Teil ähnlichen vorgenannten Ausführungen nicht zustimmen, weil sie mit der Auffassung nicht im Einklang stehen, daß es sich in dem der fraglichen Reichsgerichtsentscheidung zugrunde liegenden Falle nach Erteilung des Zuschlags um

ein „Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös“ handele.

Der Versuch dürfte sich auch eher vertreten lassen, eine Rechtslage nach rechtlichen Gesichtspunkten zu entwickeln, als sich bei der Konstruktion von Zweckmäßigkeitsgründen leiten zu lassen, die gleichwohl mehr auf theoretischen Möglichkeiten beruhen.

Thesen.

I.

Die Schuld- und Haftungslehre findet auf das moderne Zivilrecht Anwendung.

II.

Grundschuld (Rentenschuld), Hypothek und Reallast sind zusammengesetzte Rechte von gleichem wesentlichen Inhalt: Rechtszustand des „Gläubigerbekommensollens“ („Gläubigerschuld“) verbunden mit dem Rechtszustand der dinglichen Grundstückspfandhaftung.

III.

Es ist zu rechtfertigen, im Sinne der Schuld- und Haftungslehre den Begriff der „Gläubigerschuld“ aufzustellen. Er hat allein das „Bekommensollen des Gläubigers“ zum Inhalt.

IV.

Die Eigentümergrundschuld ist dem Bestande nach eine wirkliche Grundschuld; nur ihre Ausübung ist eingeschränkt. Ihre Befugnisse sind nicht schon im Eigentum enthalten.

V.

Die Gliedstaaten des Deutschen Reichs sind nicht souveräne, sondern autonome Staaten.

VI.

Der Absatz 3 des Art. 11 der Reichsverfassung bedeutet nicht eine Einschränkung der im Absatz 1 normierten Legitimation des Kaisers zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge. Er betrifft nur eine res interna des Reichs.

Lebenslauf.

Ich, Heinz Rabe, evangelischen Bekenntnisses, bin geboren am 28. April 1888 in Halle a. S.-Giebichenstein als Sohn des Baumwollspinnereibesitzers Johannes Rabe und seiner Frau Helene, geborenen Brader. Meine Schulzeit verbrachte ich an den humanistischen Gymnasien zu Halle a. S. und Blankenburg a. H. Ostern 1906 bestand ich das Abiturientenexamen. Sodann erledigte ich die einjährige Dienstzeit von Ostern 1906 ab in der Weise, daß ich als Seekadett in die Kaiserl. Marine eintrat, an einer Auslandreise nach Mittelamerika teilnahm und nach erfolgter Ernennung zum Fähnrich zur See, mich zur Marine-Reserve versetzen ließ. Im Herbst 1907 bezog ich die Universität Jena und nach drei Semestern die Universität Halle.

Am 1. Juli 1911 bestand ich das Referendarexamen in Naumburg a. S. Seit Anfang August 1911 bin ich Referendar beim Amtsgericht in Delitzsch. Von dieser Zeit bis zum 1. April 1912 erhielt ich Urlaub, der zur Anfertigung der vorstehenden Abhandlung benutzt wurde. Am 25. März 1912 bestand ich das examen rigorosum.

Während meiner Studienzeit von sechs Semestern hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren Danz, Thon, v. Blume, v. Brünneck, Finger, v. Hollander, Langheineken, Lastig, Loening, Rehme und Stammler. — Allen meinen hochverehrten Lehrern gebührt mein inniger Dank für die wissenschaftliche Anregung und Förderung. Insbesondere danke ich meinen Hallenser Lehrern und unter ihnen vorzüglich Herrn Professor v. Blume für sein liebenswürdiges Interesse an dem Gelingen meiner Abhandlung.